شرح
بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد
ابن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي .....
الشهير «بابن رشد الحفيد»

وبهامشه
السبيل المرشد إلى بداية المجتهد ونهاية المقتصد

المجلد الرابع

شرح وتحقيق وتخريج

د. عبد الله العبادي

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

الطبعة الأولى ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م

رقم الايداع ٥٣٩٨ / ١٩٩٥
I. S. B. N
977-5146-15-1

الناشر

دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع

١٢٠ شارع الأزهر _ ص.ب ١٦١ الغورية
ت : ٩٣٢٨٢٠ _ ٢٧٤١٥٧٨ فاكس ٢٧٤١٧٥٠

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الإجارات *

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع : أعني أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها ، وذلك في نوع نوع منها ، أعني فيما يخص نوعا نوعاً منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولاً إلى قسمين : **القسم الأول** : في أنواعها وشروط الصحة والفساد . **والثاني** : في معرفة أحكام الإجارات ، وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها .

---

* **تعريف الأجر لغة :**

جاء في القاموس « الأجر : الجزاء على العمل كالإجارة مثلثة جمع أجور ، وأجار ، والذكر الحسن » .

وجاء في المعجم الوسيط : « أن الأجر عوض العمل ، والانتفاع » ونقل النووي عن الأزهري أن الأجر : أصله الثواب ، يقال : أجرت فلاناً من كذا ، أي أثبته منه . والله يأجر العبد ، أي يثيبه ، والثواب : العوض (تهذيب الأسماء واللغات) .

ومنه قوله تعالى : ﴿ **قل لا أسألكم عليه أجراً** ﴾ الأنعام آية ٩٠ وقوله تعالى : ﴿ **قال لو شئتَ لا تّخذتَ عليه أجرًا** ﴾ الكهف آية ٧٧ وقوله تعالى : ﴿ **فأما الذين آمنوا وعملوا الصالحات فيوفّيهم أجورهم** ﴾ آل عمران آية ٥٧ .

الأجرة في اصطلاح الفقهاء :

عرف الأحناف بأنها « عقد على المنافع بعوض » (الهداية شرح بداية المبتدي) كما عرفها المالكية بأنها « تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم » (شرح فتح الجليل على مختصر خليل) .

وعرفها الشافعية بأنها « تمليك منفعة بعوض بشروط » (تحفة المحتاج) .

كما عرفها الحنابلة بأنها « بيع المنافع » (الكافي) .

يتضح من التعريفات السابقة أن الأجر هو ثمن المنفعة ، أو بدلها .

ويرى المالكية أن ما يختص بالآدمي فهو أجرة وما يختص بالدواب والرباع والأرض فهو كراء ، والحكم واحد . (قوانين الأحكام الشرعية) .

فلنذكر أولاً ما في ذلك من الخلاف ثم نصير إلى ذكر ما في ذينك القسمين من المسائل المشهورة . إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الأشياء مجرى الأمهات ، وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فنقول : إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول . وحُكي عن الأصم وابن عُلَيّة منعها .

ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾ [١] الآية ، وقوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [٢] .

ومن السنة الثابتة ما خرجه البخاري عن عائشة قالت : « استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل هادياً خِرِّيتاً وهو على دين كفار قريش ، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما » [٣] وحديث جابر « أنه باع من النبي ﷺ بعيراً وشرط ظهره إلى المدينة » [٤] .

---

(١) القصص آية ٢٧ .

(٢) الطلاق آية ٦ .

(٣) نص الحديث ما ورد عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت : « استأجر رسول الله ﷺ ، وأبو بكر رجلاً من بني الديل ، هادياً خريتاً (ماهراً بالهداية) وهو على دين كفار قريش ، فدفعا إليه راحلتيهما ، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما » رواه البخاري ، وأحمد . انظر (البخاري مع القسطلاني ١٢٨/٤) .

(٤) تقدم تخريج الحديث ، وهو متفق عليه . انظر (سبل السلام ٨٢٧/٣) وعن ثابت الضحاك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ « نهى عن المزارعة ، وأمر بالمؤاجرة » . رواه مسلم . انظر (سبل السلام ٧٧/٣) .

أركان الإجارة :

الركن الأول : العاقدان ، والمعتبر فيهما العقل ، والبلوغ كسائر التصرفات .

الركن الثاني : الصيغة : كأن يقول : أكريتك هذه الدار . أو أجرتك مدة كذا ، وكذا ، فيقول المستأجر : قبلت .

الركن الثالث : الأجرة : وهي واردة على الذمة كن استأجر دابة موصوفة للركوب ، أو الحمل ، أو خياطة ثوب ، أو بناء دار . انظر (الروضة للنووي) .

وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بـالأجر . وشبهـة من منع ذلـك أن المعـاوضـات إنمـا يستحق فيهـا تسليم الثمن بتسليم العين كالحـال في الأعيـان المحسوسة . والمنافع في الإجارات في وقت العقد معـدومـة ، فكان ذلـك غرراً ومن بيع مـا لم يخلـق ، ونحن نقـول : إنهـا وإن كانت معـدومـة في حـال العقـد فهي مستوفاة في الغالب ، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغـالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

القسم الأول : وهـذا القسم النظر فيـه في جنس الثمن وجنس المنفعـة التي يكون الثمن مقابلاً له وصفتها . فأمـا الثمن فينبغي أن يكون ممـا يجوز بيعـه ، وقد تقدم ذلك في باب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه ، وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ، فمـا اجتمعوا على إبطال إجارتـه : كل منفعـة كانت لشيء محرم العين ، كـذلـك كل منفعـة كانت محرمة بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيـات ، وكـذلـك كل منفعـة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على إجارة الدور والدواب والناس على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط .

واختلفـوا في إجـارة الأرضين وفي إجـارة الميـاه وفي إجـارة المـؤذن ، وفي الإجـارة على تعليم القرآن ، وفي إجـارة نـزو الفحـول ، فـأمـا كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافاً كثيراً ، فقوم لم يجيزوا ذلـك بتـة وهم الأقل ، وبـه قـال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وقال الجمهور بجواز ذلك .

واختلف هؤلاء فيما يجوز بـه كراؤهـا ، فقـال قـوم : لا يجـوز كراؤهـا إلا بالدراهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعـة وسعيـد بن المسيب ، وقـال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء أكان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن ، وما عدا ما ينبت فيها كان طعاماً أو غيره ، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه .

وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ، وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ، وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ ، وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها ، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة [١] .

وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج : « أن رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع » [٢] قالوا : وهذا عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوي له حين روى عنه ، قال حنظلة ؛ فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال : لا بأس به . وروى هذا عن رافع ابن عمر وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر يكري أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأي من يرى أنه لا يخص العموم بقول الراوي .

---

(١) اختلف العلماء في كراء الأرض ، فقال طاوس ، والحسن البصري : لا يجوز بكل حال ، سواء أكراها بطعام أم ذهب ، أم فضة ، ولا بجزء من زرعها .

وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، وكثيرون : تجوز إجارتها بالذهب ، والفضة ، وبالطعام ، والثياب ، وسائر الأشياء ، سواء كان من جنس ما يزرع فيها ، أم من غيره ، ولا يجوز بجزء يخرج منها ، كالثلث ، والربع .. وهي عندهم المخابرة ، ولا يجوز أن يشترط له زرع قطعة معينة .

وقال ربيعة : يجوز بالذهب ، والفضة فقط . وقال مالك : يجوز بالذهب ، والفضة ، وغيرهما إلا الطعام .

وقال أحمد ، وأبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وشريح ، وابن خزيمة ، وجماعة من المالكية : تجوز بالذهب والفضة ، وبما يخرج منها كالثلث ، والربع .. انظر (شرح مسلم للنووي بهامش إرشاد الساري ٤٠٧/٦) .

(٢) بهذا اللفظ « أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع » رواه البخاري عن رافع بن خديج . انظر (البخاري مع إرشاد الساري ١٨٨/٦) .

وروي عن رافع بن خديج عن أبيه قال : « نهى رسول الله ﷺ عن إجارة الأرضين »[(١)] قال أبو عمر بن عبد البر : واحتجوا أيضاً بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال : خطبنا رسول الله ﷺ فقال : « من كانت له أرض فليزرعها أو ليُزرعها أخاه ولا يؤاجرها »[(٢)] فهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يجز كراء الأرض .

وقالوا أيضاً من جهة المعنى : إنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر ، لأنه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء . قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا أن المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى عن بيع الماء ، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة ، وأما عمدة من لم يجز كراءها بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه قال : « إنما يزرع ثلاثة : رجل له أرض فيزرعها ، ورجل منح أرضاً فهو يزرع ما منح ، ورجل اكترى بذهب أو فضة »[(٣)] قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والأحاديث

---

(١) رواه مسلم عن رافع بن خديج ، وكذلك رواه عن جابر بلفظ « نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض » انظر (مسلم مع شرح النووي ٤٠٥/٦) بهامش إرشاد الساري وما بعدها .

(٢) الحديث رواه مسلم بهذا اللفظ عن جابر . انظر (المصدر السابق) ورواه أحمد . انظر (سنن أبي داود مع عون المعبود ٢٦١/٩) « فليزرعها » الأولى بفتح الياء ، والثانية بضم الياء ، وكسر الراء بدون تشديد . وقد جاء خطأ في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (أو ليزرعها) بضم الياء ، وكسر الراء مع التشديد . وهو خطأ . وقد حذفت كلمة (أخاه) من نسخة « دار الكتب الإسلامية » ونسخة « المكتبة التجارية الكبرى » والصواب ما أثبتناه .

(٣) أخرجه أبو داود ، والنسائي بإسناد صحيح عن رافع بن خديج قال « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة ، والمزابنة ، وقال : إنما يزرع ثلاثة : رجل له أرض ، ورجل منح أرضاً ، ورجل اكترى أرضاً بذهب ، أو فضة » .

وقوله : إنما يزرع ثلاثة : يرجح كونه مرفوعاً ، لكن بيّن النسائي من وجه آخر أن المرفوع منه النهي عن المحاقلة ، والمزابنة ، وأن بقيته مدرج من كلام سعيد بن المسيب . انظر (المجموع ٤٧١/١٣) .

الأخر مطلقة وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد .

وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء أكان الطعام مدخراً أو لم يكن : حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال : قال رسول الله ﷺ : « من كانت له أرض فليَزْرَعْها أو ليُزْرِعها أخاه ولايكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين »[١] قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله ﷺ عنها ، وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعاً[٢] وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة . قالوا : وأيضاً فإنه من بيع الطعام بالطعام نسيئة .

وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها ، أما بالطعام فحجة من لم يجز كراءها بالطعام . وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة[٣] ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه .

وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياساً على إجارة سائر المنافع ، وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع . روي عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكترى رافع . قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال : « كنا أكثر أهل المدينة حقلاً ، قال : وكان أحدنا يكري أرضه ويقول : هذه القطعة لي وهذه لك ، وربما

---

(١) رواه أبو داود ، وابن ماجة بهذا اللفظ عن رافع بن خديج . انظر (سنن أبي داود مع عون المعبود ٢٦١/٩) .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهاهم النبي ﷺ » خرجه البخاري [١] .

وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها ، فعمدته النظر والأثر . أما الأثر : فما ورد من النهي عن المخابرة ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال : « نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان رفقاً بنا ، فقلت ما قال رسول الله ﷺ فهو حق قال : « دعاني رسول الله ﷺ فقال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله ﷺ : لاتفعلوا ، ازرعوها أو زارعوها أو أمسكوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمام البخاري ومسلم [٢] .

وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت : « أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » [٣] قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لأنها مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر ، بدليل ما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال : « إن النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال : إن يمنح أحدكم أخاه يكن خيراً له من أن يأخذ منه شيئاً » [٤] قالوا : وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري عن رافع بن خديج قال : كنا أكثر أهل المدينة مزدرعا ، كنا نكرى الأرض بالناحية منها مسمّى لسيد الأرض ، قال : فما يصاب ذلك ، وتسلم الأرض ، ومما يصاب الأرض ، ويسلم ذلك ، فنهينا . وأما الذهب ، والورق ، فلم يكن يومئذ » . انظر (البخاري مع الفتح ٥/٧) .

وأخرجه البخاري كذلك باللفظ الذي ذكره المؤلف . انظر (٥/١٢) .

(٢) الحديث أخرجه البخاري ، وفي آخره قال رافع : قلت سمعاً ، وطاعة . انظر (البخاري مع الفتح ٥/١٦) .

(٣) حديث ابن عمر رواه البخاري ، ومسلم . انظر (البخاري مع الفتح ٥/١٦) .

(٤) حديث ابن عباس أخرجه البخاري . انظر (٥/١١ مع الفتح) . قال الحافظ : وأخرجه أبو داود من هذا الوجه .

رسول الله ﷺ وهم يخابرون فأقرهم [١] .

* * *

وأما إجارة المؤذن : فإن قوماً لم يروا في ذلك بأساً ، وقوماً كرهوا ذلك . والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روي عن عثمان بن أبي العاص قال : قال رسول الله ﷺ : « اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » [٢] والذين أباحوه قاسوه على الأفعال غير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعني هل هو واجب أم ليس بواجب ؟

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضاً ، وكرهه قوم ، وأجازه آخرون . والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روي عن خارجة بن الصامت عن عمه قال : « أقبلنا من عند رسول الله ﷺ ، فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا : إنكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية ، فإن عندنا معتوهاً في القيود ، فقلنا لهم نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريقي ثم

---

(١) هذا الأثر أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار .

(٢) ذهب إلى تحريم الأجر بالشرط على الأذان : أبو حنيفة ، والهادي ، والقاسم ، والناصر . وقال مالك : لا بأس أن يأخذ الأجرة على الأذان ، وقال الأوزاعي : يجاعل عليه ، ولا يؤاجر . وقال الشافعي في الأم : أحب أن يكون المؤذنون متطوعين . وقال : وليس للإمام أن يرزقهم ، وهو يجد من يؤذن متطوعاً ، فإن لم يجد ، فلا بأس .

وقال ابن العربي : الصحيح جواز أخذ الأجرة على الأذان ، والصلاة ، والقضاء ، وجميع الأعمال الدينية ، فإن الخليفة يأخذ أجرته على هذا كله ، وفي كل واحد منها يأخذ النائب أجرة . كما يأخذ المستنيب .

وممن منع من ذلك أحمد نص عليه ، وعطاء ، والضحاك بن قيس ، والزهري ، وعن أحمد رواية أنه يجوز ذلك : انظر (نيل الأوطار ٦٦/٢) و (المغني ٥٥٥/٥) .

أما الحديث فرواه الخمسة ، وصححه الحاكم ، وقال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله ﷺ قال لعثمان بن أبي العاص « واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً » . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦٥/٢) .

أتفل عليه ، فكأنما أنشط من عقال ، فأعطوني جعلاً ، فقلت لا حتى أسأل رسول الله ﷺ ، فسألته فقال : كل فلعمري لمن أكل برقية باطل فلقد أكلت برقية حق »[1] وبما روي عن أبي سعيد الخدري « أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا في غزاة ، فمروا بحي من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الحي قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ ، فأعطي قطيعاً من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : بم رقيته ؟ قال : بفاتحة الكتاب . قال : وما يدريك أنها رقية ؟ قال : ثم قال رسول الله ﷺ : « خذوها واضربوا لي معكم فيها بسهم »[2] .

وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا : هو من باب الجعل على تعليم الصلاة . قالوا : ولم يكن الجعل المذكور في الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرقي ، وسواء أكان الرقي بالقرآن أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات . قالوا : وليس واجباً على الناس ، وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس .

وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكري

---

(١) حديث خارجة بن الصلت عن عمه رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، وسكت عنه أبو داود ، والمنذري ، وأخرجه ابن حبان ، والحاكم ، وصححاه ، وعم خارجة علاقة بن صحار التميمي الصحابي . وقيل : اسمه علاثة والأول أكثر . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار) .

(٢) حديث أبي سعيد أخرجه البخاري ، ومسلم .

ومن منع من أخذ الأجرة على تعليم القرآن : أحمد نص عليه ، وعطاء ، والضحاك بن قيس ، وأبو حنيفة ، وكره الزهري ، وإسحق الأجر على تعليم القرآن ، وروي عن أحمد الجواز .

وممن كره ذلك مع الشرط : الحسن ، وابن سيرين ، وطاوس ، والشعبي ، والنخعي .

وممن أجاز ذلك : مالك ، والشافعي ، وأبو قلابة ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وهو مذهب الجمهور . انظر (نيل الأوطار ٣٢٤/٥) و (المغني ٥٥٦/٥) وانظر (الكافي ٩٧/٢) لمذهب مالك .

الرجل فحله على أن ينزو أكواماً معلومة . ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي [١] . وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل ومن أجازه شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف لأنه تغليب القياس على السماع . واستئجار الكلب أيضاً هو من هذا الباب ، وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك ، والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها ، فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لتزيين الحانوت ، إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها ، فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي .

ومن هذا الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه ، وإنما منع من إجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ، ومن أجاز إجارتها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب [٢] فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة .

وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما

---

(١) أما إجارة الفحول ، فمنعها الجمهور : منهم أحمد ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، ومنعه أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر .

وَخَرَّجَ أبو الخطاب من الحنابلة وجهًا في جوازه ، وهو مذهب مالك . والحسن ، وابن سيرين ، وفي وجه للشافعية . انظر (نيل الأوطار ١٦٦/٥) و (المغني ٥٥٠/٥) .

(٢) بالنسبة لاستئجار الدراهم ، والدنانير ، فإنه يجوز استئجارها عند أحمد للوزن ، والتحلي في مدة معلومة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . والوجه الآخر لا يجوز ، لأن هذه المنفعة ليست مقصودة منها ، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها ، فأشبهت الشمع . انظر (المغني ٥٤٦/٥) و (نهاية المحتاج ١٧٠/٥) في مذهب الشافعي .

وعدم الجواز ـ كما قال النووي ـ هو مذهب الشافعي . انظر (الروضة ١٧٧/٥) .

يجوز أن يكون ثمناً في المبيعات وما لا يجوز ، ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روي « أنه ﷺ نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان »[١] قال الطحاوي : ومعنى نهي النبي ﷺ عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه ، قالوا : وهذا لا يجوز عندنا ، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هي من الأشياء التي تكون ديوناً على الذمم ، ووافقه الشافعي على هذا .

وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخلة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه ﷺ عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو

---

(١) قال الحافظ : حديث « نهى عن عسب الفحل ، وعن قفيز الطحان » رواه الدارقطني ، والبيهقي عن أبي سعيد . قال الحافظ : وقد أورده عبد الحق في الأحكام بلفظ « نهى النبي ﷺ » وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله . وفي الإسناد هشام أبو كليب راويه عن ابن نعيم عن أبي سعيد ، لا يعرف . قاله ابن القطان ، والذهبي ، وزاد : وحديثه منكر ، وقال مغلطائي : هو ثقة ، فينظر فيمن وثقه ، ثم وجدته في ثقات ابن حبان .

ثم قال الحافظ : ووقع في سنن البيهقي مصرحاً برفعه ، لكنه لم يسنده . وقفيز الطحان فسره ابن المبارك أحد رواة الحديث بأن صورته أن يقال للطحان : اطحن بكذا ، وكذا بزيادة قفيز من نفس الطحن . وقيل : هو طحن الصبرة : لا يعلم مكيلها بقفيز منها . انظر (التلخيص ٦٠/٣) .

وقد استدل أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك ، والليث ، والناصر على أنه لا يجوز أن تكون الأجرة بعض المعمول بعد العمل ، وقالت الهاذوية : والإمام يحيى ، والمزني : إنه يصح بمقدار معلوم منه ، وأجابوا عن الحديث بأن مقدار القفيز مجهول ، أو أنه كان الاستئجار على طحن صبرة بقفيز منها بعد طحنها ، وهو فاسد عندهم . انظر (نيل الأوطار ٣٣٠/٥) .

مع ملاحظة أن الحديث روي بالشيئين اللذين ذكرناهما ، وهما : عسب الفحل ، وقفيز الطحان . دون الحجام الذي ذكره المؤلف ولكنه جاء في أحاديث أخر . والله أعلم .

معلوم أيضاً .

وأما كسب الحجام ، فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا : كسبه رديء يكره للرجل ، وقال آخرون بل هو مباح .

والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ، فمن رأى أنه حرام احتج بما روي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من السحت كسب الحجام »[١] وبما روي عن أنس بن مالك قال : « حرم رسول الله ﷺ كسب الحجام »[٢] وروي عن عون بن أبي جحيفة قال : اشترى أبي حجاماً فكسر محاجمه ، فقلت له : لم ياأبت كسرتها ؟ فقال : « إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم »[٣] .

وأما من رأى إباحة ذلك ، فاحتج بما روي عن ابن عباس قال : « احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجره »[٤] قالوا : « ولو كان حراماً لم يعطه » ، وحديث جابر « أن رسول الله ﷺ دعا أبا طيبة فحجمه فسأله كم

---

(١) حديث أبي هريرة قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . وأخرجه أيضاً الطبراني في الأوسط ، وأخرجه أيضاً الحازمي في الناسخ والمنسوخ بلفظ « قال رسول الله ﷺ : من السحت مهر البغي ، وأجرة الحجام » .

قال الشوكاني : ويشهد له ما أخرجه الحازمي أيضاً عن أبي مسعود عقبة بن عمرو قال « نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام » وحديث رافع أخرجه أيضاً مسلم . انظر (نيل الأوطار ٥/٣٢٠) .

(٢) حديث أنس بن مالك رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار .

(٣) حديث عون رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار كذلك .

(٤) حديث ابن عباس رواه البخاري ، ومسلم ، وأحمد . وقوله « ولو كان حراماً لم يعطه » تفسير ابن عباس ، فهو من الحديث ، وليس من قول القائلين بالجواز كما توحي إليه عبارة المؤلف . وفي رواية « لو كان سحتاً ، لم يعطه » وفي رواية البخاري « ولو علم كراهة لم يعطه » انظر (النيل ٥/٣٢١) .

ضريبتك ، فقال : ثلاثة آصع ، فوضع عنه صاعاً »[١] وعنه أيضاً « أنه أمر للحجام بصاع من طعام ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه »[٢] .

وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روي أن رفاعة بن رافع أو رافع ابن رفاعة جاء إلى مجلس الأنصار فقال : « نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا »[٣] وبما روي عن رجل من بني حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله ﷺ عن ذلك فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله ﷺ : « أعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك » .

ومن هذا الباب أيضاً اختلافهم في إجارة دار بسكنى دار أخرى . فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدين بالدين[٤] وهذا ضعيف ، فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة .

وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضاً المشهور منها ، فمن ذلك أن جمهور

---

(١) حديث جابر رواه أحمد . قال في مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح . ورواه البخاري ، ومسلم عن أنس . انظر (نيل الأوطار ٣٢١/٥) . وأبو طيبة : بفتح الطاء ، وسكون الياء : اسمه نافع .

(٢) بهذا اللفظ رواه البخاري ، وأحمد . انظر (نيل الأوطار ٣٢١/٥) .

(٣) أخرجه مالك ، وأحمد ، وأصحاب السنن برجال ثقات من حديث محيصة . انظر (سبل السلام ٧٨/٣) .

ورواه الطحاوي عن رافع بن رفاعة .

وقد اختلف في كسب الحجام ، فذهب الجمهور إلى أنه حلال ، وحملوا النهي على التنزيه ، ومنهم من ادعى النسخ ، وهو الطحاوي . وذهب أحمد ، وآخرون إلى أنه يكره للحر الاحتراف بالحجامة ، ويحرم عليه الإنفاق على نفسه من أجرتها ، ويجوز له الإنفاق على الرقيق ، والدواب ، وأباحوه للعبد مطلقاً . انظر (سبل السلام ٧٨/٣) و (النيل ٣٢٠/٥) .

(٤) عند الشافعي ، وأحمد يجوز له أن يسكن داراً في إجارة دار أخرى . وحكي عن أبي حنيفة : المنع من ذلك . انظر (المغني ٤٤١/٥) وقال أهل الظاهر بالجواز . انظر (المحلى ٢٨/٩) .

فقهاء الأمصار : مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة أن من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر ، وذلك إما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك إما بالزمان إن كان عملاً واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مثلياً مثل كراء الرواحل . وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز إجارات المجهولات مثل أن يعطي الرجل حماره لمن يسقي عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه (١) .

وعمدة الجمهور أن الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل - لمكان الغبن - ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثاني بقياس الإجارة على القراض والمساقاة ، والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول .

واتفق مالك والشافعي على أنها إذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمداً من الزمان محدوداً ، وحددوا أيضاً أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز .

واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد ، فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان ولم يحدد أوله ، مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهراً بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول

---

(١) أن يكون الثمن معلوماً ، والمنفعة معلومة . انظر (المغني ٥/٤٤٠) قال ابن قدامة : لا نعلم فيه خلافاً .

وانظر لمذهب أهل الظاهر في استئجار الحمار بنصف ما يعود عليه أو ربعه .. (المحلى ٩/٣٢) .

وهو مذهب أحمد ، فيصح دفع عبد ، أو دابة لمن يعمل به من أجرته وخياطة ثوب ، ونسج غزل ، وحصاد زرع ، ورضاع قن ، واستيفاء مال ، ونحوه بجزء مشاع منه . انظر (منتهى الإرادات ١/٤٦٦) .

تلك السنة . وقال الشافعي : لا يجوز ، ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة ، فمنعه الشافعي لأنه غرر ، وأجازه مالك لأنه معلوم بالعادة ، وكذلك لم يجز الشافعي إذا كان أول العقد متراخياً عن العقد ، وأجازه مالك [١] .

واختلف قول أصحابه في استئجار الأرض غير المأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ، وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع ، فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكري الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا تتغير الدار في مثله ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد [٢] .

واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي

---

(١) عند الشافعي ما عقد على مدة ، لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء ، والانتهاء ، فإن قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار ، فالإجارة باطلة . وقال في الإملاء : تصح في الشهر الأول ، وتبطل فيما زاد لأن الشهر الأول معلوم ، وما زاد مجهول . فصح في المعلوم ، وبطل في المجهول . والصحيح هو الأول . انظر (المهذب مع المجموع ٤٨٨/١٣) . وعند أحمد ، إذا كانت على مدة تلي العقد ، لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد ، وإن كانت لا تليه ، فلابد من ذكر ابتدائها ، لأنه أحد طرفي العقد ، فاحتيج إلى معرفته كالانتهاء ، وإن أطلق ، فقال : أجرتك سنة ، أو شهراً ، صح ، وكان ابتداؤه من حين العقد وهو قول مالك ، وأبي حنيفة .
وفي رواية إسماعيل بن سعيد عن أحمد مثل قول الشافعي . كذلك لا يشترط عند أحمد في مدة الإجارة أن تلي العقد ، بل لو أجره سنة خمس ، وهما في سنة ثلاث ، أو هما في شهر رجب . وأجره المحرم ، جاز ، وهو مذهب أبي حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح . انظر (المغني ٤٣٦/٥) .

(٢) مذهب الشافعي له أن يؤاجر داره سنة واحدة ، لأن الغرر يسير ، والضرورة داعية لذلك ، فأما إذا زاد على السنة ، ففيه قولان : **أحدهما** : لا تجوز الإجارة أكثر من سنة . **والقول الثاني** : وهو أصح القولين أن الإجارة تجوز أكثر من سنة ، وقدرها الشافعي بثلاثين سنة على سبيل الكثرة ، أما أدناها ، فأقل مدتها ما أمكن فيه مدة استيفاء المنفعة المعقود عليها . انظر (المهذب مع المجموع ٤٩٣/١٣) .

بالعيون وأرض السقي بالآبار والأنهار ، فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ، وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد ، وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة ، وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط .

فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع : في تحديد أول المدة ، وفي طولها ، وفي بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لأقل المدة . مثل أن يقول : أكتري منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أمداً معلوماً ، فقال الشافعي : لا يجوز ، وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم ، وهذا لا يجوز غيره [1] . وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهي عنه ؟

ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا الإجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم في إجارة المشاع ، فقال مالك والشافعي : هي جائزة ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز ، لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر ، وعند مالك والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه : أعني رب المال [2] .

---

(١) انظر (المهذب مع المجموع ٤٩٣/١٣) لمذهب الشافعي في هذه المسئلة . والعبارة هكذا (وهذا لا يجوز غيره) في جميع النسخ التي لدينا ولعل الصواب (لا يجوِّز غيره) .

(٢) في إجارة المشاع قال ابن حزم : وإجارة المشاع جائزة فيا ينقسم ، وما لا ينقسم من الشريك ، ومن غير الشريك ، ومع الشريك ، ودونه ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد ابن الحسن ، وداود الظاهري ، وغيرهم .

وقال أبو حنيفة : لا تجوز إجارة المشاع ـ لا ما ينقسم ، ولا ما لا ينقسم ـ إلا من الشريك وحده . انظر (المحلى ٣٤/٩) .

ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق ، وأجاز ذلك مالك على الإطلاق : أعني في كل أجير ، وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط [1] . وسبب الخلاف هل هي إجارة مجهولة ، أم ليست مجهولة ؟ فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمون .

وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع في الذمة قياساً على البيع . والذي في الذمة من شرطه الوصف .

والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك في الشيء الذي تستوفى منافعه ، وفي الشيء الذي تستوفي به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلاً ، والحمل الذي تستوفي به منفعة المركوب . وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف ، وعند الشافعي يحتاج إلى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعي على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف ، وعند غيره

---

(١) مذهب مالك ، وإسحق يجوز أن يستأجر الأجير بطعامه ، وكسوته ، وروي ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وأبي موسى رضي الله عنهم ، ورواية عن أحمد .

وروي عنه أن ذلك جائز في الظئر دون غيرها ، واختار هذا القاضي من الحنابلة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

وروي عن أحمد رواية ثالثة أنه لا يجوز بحال : لا في الظئر ، ولا في غيرها . وبه قال الشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً ، فيكون مجهولاً ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً . وحجة من قال بالجواز ما رواه ابن ماجة عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند رسول الله ﷺ : فقرأ ﴿ طس ﴾ حتى بلغ قصة موسى قال : « إن موسى آجر نفسه ثماني حجج ، أو عشراً على عفة فرجه ، وطعام بطنه » . ورواه أحمد . وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه . انظر (المغني ٤٩٢/٥) .

تلزم الجملة بغير شرط .

ومن شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين . كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقي عنده أن لا يشترط فيها النقد إلا بعد الري . واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين ، وقال الشافعي : لا يجوز . فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذي يشتمل على النظر في مجال هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهي الأشياء التي تجري من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحة ، وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقي النظر في الجزء الثاني ، وهو أحكام هذا العقد .

* * *

الجزء الثاني من هذا الكتاب

وهو النظر في أحكام الإجارات

وأحكام الإجارات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين : **الجملة الأولى** : في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه . **الجملة الثانية** : في أحكام الطوارئ . وهذه الجملة تنقسم في الأشهر إلى معرفة موجبات الضمان وعدمه ، ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ، ومعرفة حكم الاختلاف .

الجملة الأولى

ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك وأبي حنيفة : أن الثمن إنما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع ، إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم ، مثل أن يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء في الذمة . وقال الشافعي : يجب عليه الثمن بنفس العقد [١] . فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض ، والشافعي كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين .

ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو داراً وما أشبه ذلك ، هل له أن يكري ذلك بأكثر مما اكتراه ؟ فأجازه مالك والشافعي وجماعة قياساً على

---

(١) عند الشافعي ، وأحمد يملك المؤجر الأجرة بمجرد العقد ، إذا أطلق ، ولم يشترط المستأجر أجلاً ، كما يملك البائع الثمن بالبيع .

وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يملكها بالعقد ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم إلا أن يشترط تعجيلها ، وقال أبو حنيفة إلا أن تكون معينة كالثوب ، والعبد ، والدار . انظر (المغني ٥/٤٤٣) .

البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه [١] وعمدتهم أنه من باب ربح ما لم يضمن ، لأن ضمان الأصل هو من ربه : أعني من المكري .

وأيضاً فإنه من باب بيع ما لم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملاً . وممن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة سفيان الثوري ، والجمهور رأوا أن الإجارة في هذا شبيهة بالبيع .

ومنها أن يكري الدار من الذي أكراها منه ، فقال مالك : يجوز ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز [٢] ، وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل .

ومنها إذا اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيراً أو ما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك : له ذلك ، وقال داود : ليس له ذلك [٣] . ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة ، فالمشهور عن ابن

---

(١) مذهب الشافعي ، وأحمد يجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر ، وزيادة . نص عليه أحمد . روي ذلك عن عطاء ، والحسن ، والزهري ، وقال به أبو ثور ، وابن المنذر .
وعن أحمد أنه إن أحدث في العين زيادة ، جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة . وروي هذا عن الشعبي ، وبه قال الثوري ، وأبو حنيفة .
وعن أحمد رواية ثالثة : أنه إن أذن له المالك في الزيادة ، جاز ، وإلا لم يجز . وكره الزيادة ابن سيرين ، ومجاهد ، وعكرمة ، والشعبي ، والنخعي مطلقاً ، لدخولها في ربح ما لم يضمن . انظر (المغني ٤٧٩/٥) .

(٢) إذا استأجر داراً ، فيجوز أن يؤجرها على مؤجرها . وبهذا قال الشافعي ، وأحمد . ومنع من ذلك أبو حنيفة ، لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على الكراء . فإذا أكراها ، صار مستحقاً له ، فيصير مستحقاً لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .
وللقول الأول : أن كل عقد جاز مع غير العاقد ، جاز مع العاقد ، كالبيع . انظر (المغني ٤٧٩/٥) .

(٣) إذا أكراها لزرع حنطة ، أو نوع بعينه ، فإن له زرع ما يعينه ، وما ضرره كضرره ، أو دونه ، ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم ، إلا داود ، وأهل الظاهر ، فإنهم قالوا : لا يجوز إلا ما عينه . انظر (المغني ٤٨٤/٥) .

القاسم أنه على أرباب الدور ، وروي عنه أنه على المكتري ، وبه قال الشافعي ، واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم فقال : الكنس في هذه على رب الدار .

ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رب الدار إصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عنه من الكراء ذلك القدر ؟ فقال ابن القاسم : لا يلزمه ، وقال غيره من أصحابه يلزمه . وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

* * *

الجملة الثانية : وهي النظر في أحكام الطوارئ

الفصل الأول منه

وهو النظر في الفسوخ

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا في عقد الإجارة ، فذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكي عن قوم أنه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة .

والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيا ينفسخ به ، فذهب جماعة فقهاء الأمصار : مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم إلى أنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر ، مثل أن يكري دكاناً يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق [١] .

---

(١) هذه المسئلة فيها تفصيل :

فمن استأجر عيناً مدة ، فحيل بينه ، وبين الانتفاع ، فإن ذلك لم يخل من أقسام ثلاثة :

أحدها : أن تتلف العين كموت الدابة ، والعبد ، فإن تلف قبل القبض ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف بين أهل العلم ، أو تتلف عقيب قبضها فإن الإجارة تنفسخ كذلك في قول عامة الفقهاء إلا أبا ثور ، حكي عنه أنه يستقر الأجر .

أو تتلف بعد مضي شيء من المدة ، فإن الإجارة تنفسخ فيا بقي من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة . وهذا مذهب أحمد ، والشافعي .

أما إن حدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت ، وأرض غرقت ، أو انقطع ماؤها ، فهذه ينظر فيها ، فإن لم يبق فيها نفع أصلاً ، فهي كالتالفة سواء . وقد تقدم ذلك ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له كالانتفاع بعرصة الدار ، والأرض كوضع حطب فيها أو خيمة ، فإن الإجارة تنفسخ كذلك .

وإما أن تغصب العين ، فللمستأجر الفسخ .

وإما أن يتعذر استيفاء المنفعة من العين بفعل صدر منها مثل أن يأبق العبد ، أو تشرد الدابة .

فهذا حكم التّالف . وقد تقدم .

وإما أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان ، أو تحاصر البلد ، فيمتنع الخروج إلى الأرض ، ونحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، لأنه أمر غالب يمنع المستأجر استيفاء المنفعة . كما لو غصبت . انظر (المغني ٤٥٣/٥) وما بعدها .

وعمدة الجمهور قوله تعالى : ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ [١] لأن الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع .

وعمدة أبي حنيفة أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ، فقال عبد الوهاب : الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة ، وإن عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعها أو ذهابه ، بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه ، قال : وقد قيل إنها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل .

وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافا في المذهب وإنما ذلك على قسمين : **أحدهما** أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لا تقصد عينه ، فإن كان بما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل ، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الاجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك . واشتراط ابن القاسم في المدونة أنه إذا استأجر على غنم بأعيانها فإنه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف هو التفات منه إلى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين ، لكن لما رأى التلف سائقا إلى الفسخ

= والإجارة عقد لازم من الطرفين لا يجوز فسخها إلا بما قدمنا ، وهو مذهب الشافعي ، ومالك ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة يجوز فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملاً للحج فيمرض . أو تضيع نفقته ، أو يكتري دكاناً فيحترق . انظر المصدر السابق .

(١) المائدة آية ١ .

رأى أنه من باب الغرر ، فلم يجز الكراء عليها إلا باشتراط الخلف .

ومن نحو هذا اختلافهم في : هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعني المكري أو المكتري ؟ فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا ينفسخ ويورث عقد الكراء ، وقال أبو حنيفة والثوري والليث : ينفسخ [١] ، وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقد معاوضة ، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع .

وعمدة الحنفية أن الموت نقله لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك ، فوجب أن يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة : أعني أنه لا يجوز ، فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك وإلا بقي الملك ليس له وارث ، وذلك خلاف الإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد . وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءاً فجزءاً بقدر ما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت لاجارة ، فإن المستأجر يستوفي في ملك الوارث حقاً بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح ، وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لا يثبت عليه دين بإجماع بعد موته .

وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ، وعند مالك أن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكتري من

---

(١) من قال بعدم الفسخ بموت أحد المتعاقدين ، أو كليهما : مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، والبتي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، وأبو حنيفة ، والليث تنفسخ الإجارة بموت أحدهما . انظر (المغني ٤٦٧/٥) .

أن يزرعها ، وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء ، وعنده أن الكراء الذي بوقت ما أنه إن كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء .

وأما إن لم يكن الوقت مقصوداً فإنه لا ينفسخ ، هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان . فأما الكراء الذي يكون في الذمة فإنه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في الذمة . وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

* * *

الفصل الثاني

وهو النظر في الضمان

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدي ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره ، فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة إلى موضع ما فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعي وأحمد : « عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشترطة » ومثل كراء المسافة التي تعدى فيها ، وقال مالك : رب الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدى فيها أو[1] يضمن له قيمة الدابة ، وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه في المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها[2] . فعمدة الشافعي أنه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدي على سائر المنافع .

وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف ، وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي . وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت عثور تعدٍّ من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك إن كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة .

وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (أن يضمن) والصواب ما أثبتناه .

(٢) من استأجر دابة إلى بلد ، ثم جاوز ذلك البلد إلى سواه ، فإذا سلمت الدابة ، أدى كراءها ، وكراء ما بعدها ، وإن تلفت في تعديها ، ضمنها ، وأدى كراءها الذي تكاراها به ، وهو قول الشافعي ، وأحمد ، والحكم ، وابن شبرمة .

وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا أجر عليه لما زاد من المسافة وعند مالك يخير بين أجر المثل ، وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي . انظر (المغني ٥/٥٠١) .

الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكاً ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه .

وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر . وللشافعي قولان في المشترك [1] . والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل هو الذي لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك في الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر ، وبتضمين الصناع قال علي وعمر ، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك .

---

(١) الأجير نوعان : خاص ، ومشترك ، فالخاص : هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة ، أو عمل في بناء ، أو خياطة ، أو رعاية يوماً ، أو شهراً ، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس .
والمشترك الذي يقع العقد معه على عمل معين : كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، وحمل شيء إلى مكان معين .. وسمي مشتركاً ، لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين أو ثلاثة ، أو أكثر ، ويشبهه في وقتنا الحاضر المقاولون على البناء ، وغيره ، فإن الناس جميعهم يشتركون في منفعته .
فالأجير المشترك ضامن لما جنت يده ، كالحائك إذا أفسد حياكته ، والمقاول إذا لم يأت بالأوصاف المتفق عليها ، فهو ضامن ، ومثله الطباخ ، والخباز ، وكذلك الملاح يضمن ما تلف من يده ، أو جذفه ، أو ما يعالج به السفينة . روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وعبد الله بن عتبة ، وشريح ، والحسن ، والحكم . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، وأحد قولي الشافعي ونص عليه أحمد .
وقال الشافعي في قوله الآخر : لا يضمن إلا بالتعدي . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي ، وإن لم يبح به . وروي ذلك عن عطاء ، وطاوس ، وزفر ، لأنها عين مقبوضة بعقد الإيجار ، فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة .
وللقول الأول ما روى جعفر بن محمد عن أبيه أنه كان يضمن الصناع ، والصواغ . وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك . وروى الشافعي في مسنده بإسناده عن علي أنه كان يضمن الأجراء ، ويقول : لا يصلح الناس إلا هذا . انظر (المغني ٥/٥٢٥) .

وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصناع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ، ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر ، فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليها ، فغلبت منفعة القابض ، أصله القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي ، وصحاب الحمام لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل يضمن .

وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ، ولا خلاف أن الصناع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم . واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا ، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لا أجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ، ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمضي عمل الصانع باطلاً ، ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك إذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظراً إلى المصلحة لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة .

ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة ، فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعداً معه ، إلا فيما كان فيه تغرير

من الأعمـال ، مثـل ثقب الجـوهر ونقش الفصـوص وتقـويم السيـوف واحتراق الخبز عنـد الفران ، والطبيب يموت العليـل من معـالجتـه وكـذلـك البيطـار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ .

وأمـا الطبيب ومـا أشبهـه إذا أخطـأ في فعلـه ، وكان من أهل المعرفـة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العـاقلـة فيما فوق الثلث وفي مـالـه فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والـديـة ، قيل في ماله ، وقيل على العاقلة .

* * *

الفصل الثالث

في معرفة حكم الاختلاف

وهو النظر في الاختلاف ، وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة [1] فقال أبو حنيفة : القول قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبي ليلى : القول قول الصانع . وسبب الخلاف : من المدعي منهما على صاحبه ، ومن المدعى عليه ؟

ومنها إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة لأنهم كانوا ضامنين لما في أيديهم ، وقال ابن الماجشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بينة ، وإن كان دفع إليهم ببينة فلا يبرءون إلا ببينة . وإذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الأجرة ، فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف المكري والمكتري ، وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وإن طال ، وهو الأصل .

---

(١) قال الشافعي : إذا اختلف الرجلان في الصيغة ، فقال : أجرتك أن تصبغه أصفر ، أو تخيطه قميصاً ، فخطته قباء ، وقال الصانع : عملت ما قلت لي ، تحالفا ، وكان على الصانع ما نقص الثوب ، ولا أجر له ، وإن زاد الصبغ فيه ، كان شريكاً بما زاد الصبغ في الثوب ، وإن نقصت منه ، فلا ضمان عليه ، ولا أجر له . وإن اختلفا في الكراء ، وتصادقا في العمل تحالفا ، وكان للعامل أجر مثله فيما عمل ، وهو المنصوص به عند أحمد . فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة ، فسخا العقد ، ورجع كل واحد منهما في ماله ، وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر ، قر العقد ، وإن فسخا العقد بعد المدة ، أو شيء منها ، سقط المسمى ، ووجب أجر المثل . كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه . وهو قول الشافعي ، وأحمد . وبه يقول أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل . وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه ، وبين أجر مثله .

وقال أبو ثور : القول قول المستأجر ، لأنه منكر للزيادة . والقول قول المنكر . وقال ابن أبي موسى : القول قول المالك . انظر (المغني ٥/٥٥٩) و (المجموع ١٣/٥٨٣) .

وإذا اختلف المكري والمكتري أو الأجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك ، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكتري والمستأجر لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ، وقال ابن الماجشون : القول قول المكترى له والمستأجر إذا كانت العين مستوفاة منها المنافع في قبضها مثل الدار وما أشبه ذلك .

وأما ما لم يكن في قبضه مثل الأجير فالقول قول الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة ، أو نوعها . أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما في نوع المسافة ، أو في نوع الكراء ، فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن ، قال ابن القاسم : انعقد أو لم ينعقد ، وقال غيره : القول قول رب الدابة إذا انعقد وكان يشبه ما قال .

وإن كان اختلافهما في قدر المسافة ، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير ، فالتحالف والتفاسخ ، وإن كان بعد ركوب كثير ، أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة إن انعقد وكان يشبه ما قال ، وإن لم ينعقد وأشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين ، فما جعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه .

وكذلك إن انعقد ولم يشبه قوله ، وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد لأنه مدعى عليه .

وإن اختلفا في الأمرين جميعاً في المسافة والثمن مثل أن يقول والدابة بقرطبة : اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين ويقول المكتري : بل بدينار إلى

إشبيلية ، فإن كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا ، وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقد المكتري شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة ، والقول قول المكتري في الثمن ، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة ، على أنه لو كان الكراء به إلى إشبيلية وذلك أنه قول المكتري ، وإن لم يشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وإن كان المكتري نقد الثمن الذي يدعي أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدعى عليه في بعضه ، وهو يقول : بل هو لي وزيادة ، فيقبل قوله فيه لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله في الزيادة ، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقر به المكتري على المسافة ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاها [1] . وهذا القدر كاف لي في هذا الباب .

* * *

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الشرح الصغير ٧٢/٤) وما بعدها .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجعل *

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق .

وقد اختلف العلماء في منعه وجوازه ، فقال مالك : يجوز ذلك في اليسير بشرطين : أحدهما : أن لا يضرب لذلك أجلاً . والثاني : أن يكون الثمن معلوماً ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وللشافعي قولان . وعمدة من أجازه قوله تعالى : ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ (١) وإجماع الجمهور على

---

* الجعالة ، هي بتثليث الجيم عند ابن مالك ، وغيره . واقتصر النووي ، والجوهري ، والفيومي صاحب المصباح على كسرها ، وابن الرفعة والمطلب على فتحها .
وهي في اللغة اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله ، وكذا الجعل ، والجعيلة .
وأما تعريفها شرعاً : فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم ، أو مجهول بمعين ، أو مجهول . وهذا تعريف الشافعية ، أما عند المالكية ، فما ذكره المؤلف .
أما أركانها فهي أربعة :
الصيغة ، المتعاملان ، العمل ، الجعل المشروط ، وشرطه أن يكون معلوماً كالأجرة ، لعدم الضرورة إلى جهالته . فإن شرط مجهولاً ، فسد .
وحكمها الجواز ، لكل واحد من المالك ، والعامل فسخها قبل تمام العمل ، وتنفسخ بالموت .

(١) يوسف آية ٧٢ .
انظر ما ذكره المؤلف من حيث جوازه في اليسير في مذهب مالك (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٩٠) وانظر (المحلى) للمذاهب وجوزه أبو حنيفة في العبد الآبق ، والأمة فقط .
أما قول المؤلف : وللشافعي قولان ، فلم نجد سوى قول واحد له انظر (المجموع ، والروضة) .
قال ابن قدامة : الجعالة جائزة ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد . وقال : لا نعلم فيه مخالفاً . انظر (المغني ٧٢٢/٥) .

جوازه في الإباق والسؤال ، وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأم القرآن . وقد تقدم ذلك .

وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياساً على سائر الإجارات ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه في هذا الباب في كراء السفينة ، هل هو جعل أو إجارة ؟ فقول مالك : ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهاباً إلى أن حكمها حكم الجعل . وقال ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى الكراء . وقال أصبغ : إن لجج فهو جعل وإن لم يلجج فهو إجارة له بحسب الموضع الذي وصل إليه .

والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه وأحكامه . ومحله هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه ، لأنه إذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل [١] ، ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها ، وقلنا على حكم الجعل أنه إذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو إجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أو لا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الآبار ، وقالوا في المغارسة إنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهي عند مالك أن يعطي الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عدداً من الثمار معلوماً ، فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء الأرض متفق عليه .

* * *

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ، لأن الملتزم للجعل هو المنتفع . أو نجعل اللام للعلة . فتأمل .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب القراض *

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطي الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس ، وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعد ، وإن كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد .

وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه ، وإن كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي . وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا في غير

---

* القراض : مشتق من القرض ، وهو القطع ، لأن المالك قطع قطعة من ماله ، وهي لغة أهل الحجاز ، وهو استعمال المالكية ، والشافعية . انظر (الأم ٣٣٣/٣) و (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٩٧) وهو المضاربة ، وهو استعمال الحنفية ، والحنابلة ، وهي مشتق من الضرب في الأرض ، بمعنى السفر ، لأن الاتجار يستلزم السفر عادة ، انظر (حاشية ابن عابدين ٦٤٥/٥ ، والكافي ٢٧٧/٢) أما أركانها ، فإنها كما ذكرها النووي خمسة :

١ ـ **الركن الأول** : رأس المال .

٢ ـ **الركن الثاني** : العمل .

٣ ـ **الركن الثالث** : الربح .

٤ ـ **الركن الرابع** : الصيغة .

٥ ـ **الركن الخامس** : العاقدان .

وهذا النوع من الاستثمار يجري في غالب المصارف الإسلامية المعاصرة . انظر كتابنا (موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة) .

انظر (المغني) و (منار السبيل ٣٩٨/١) على عدم الجواز بالعروض . وعن أحمد الجواز .

ذلك . وبالجملة فالنظر فيه : في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ،
ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائله .

الباب الأول

في محله

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها ، وأما محله فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض ، وجوزه ابن أبي ليلى ، وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً لأنه يقبض العرض وهو يساوي قيمة ما ويرده وهو يساوي قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولاً . وأما إن كان رأس المال ما به يباع العروض ، فإن مالكاً منعه والشافعي أيضاً ، وأجازه أبو حنيفة [١] .

وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول . ويشبه أن يكون أيضاً إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع ، وحينئذ ينض رأس مال القراض ، وكذلك إن أعطاه العرض الذي اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذي جوزه ابن أبي ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ،

---

(١) يقصد المؤلف أنه إذا كان عند المضارب عروض ، فأعطاه للعامل ، وقال له : بعه ، وثمنه رأس المال ، ثم ضارب به .

انظر لمذهب الشافعي (الروضة ١١٧/٥) ومَثَّلَ النووي لذلك : بأن دفع إليه ثوباً ، وقال : بعه ، وقد قارضتك على ثمنه ، لم يجز . وانظر ما ذكره المؤلف لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع ٣٥٩٤/٨) وعن أحمد كما ذكرنا رواية بجواز أن يكون رأس المال عروضاً . قال ابن رزين في شرحه : وعنه تصح بالعروض ، وهي أظهر ، واختاره أبو بكر ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس في تذكرته ، وصاحب الفائق ، وجزم به في المنور ، وقدمه في المحرر ، والنظم . قال العنقري في حاشيته على (الروض المربع) قلت : وهو الصواب . ثم قال : فعلى هذه الرواية يجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، كما جعلنا نصابها قيمتها ، وسواء كانت مثلية أم غير مثلية . انظر (٢٦٣/٢) قال هذا في شركة العنان ، ومثلها المضاربة .

فإنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يُعْطَى الرجل ثوباً يبيعه ، فما كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ، ويشبه أيضاً إن جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه .

واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنه [1] في المصوغ ، وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي ، فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها .

واختلف أيضاً أصحاب مالك في القراض بالفلوس [2] ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، وبه قال محمد بن الحسن ، وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه [3] أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهي عنه ، وأما العلة عند

---

(١) في نسخة (دار الكتب الإسلامية) (ومنه) . والصواب : (ومنعه) .

(٢) انظر لمذهب الشافعي (الروضة ١١٧/٥) وانظر لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع ٣٥٩٥/٨) .
وبعدم الجواز بالفلوس قال أحمد . انظر (حاشية الروض المربع ٢٦٣/٢) .

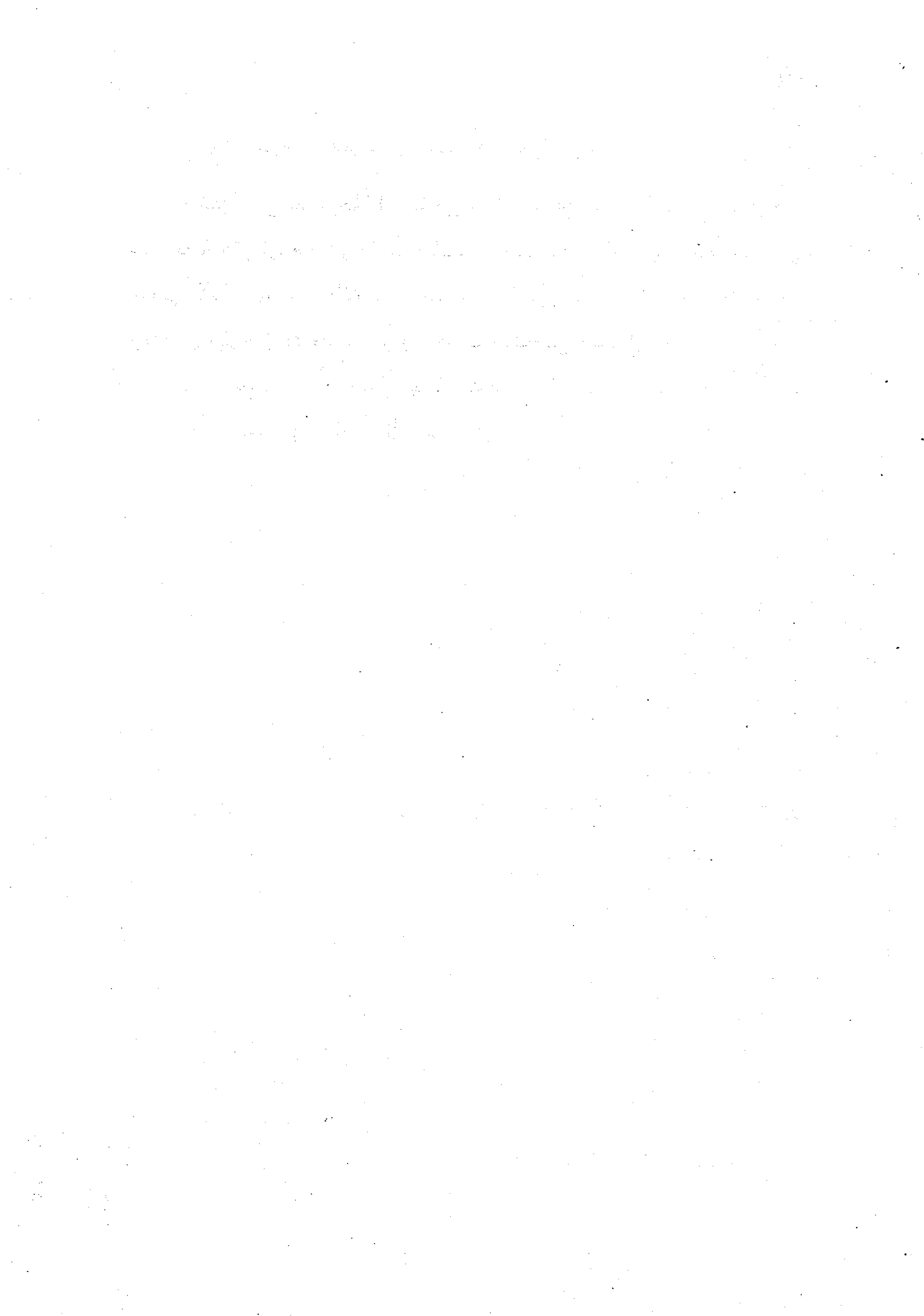
(٣) هذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن قدامة : لا نعلم فيه خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ، وممن حفظنا ذلك عنه : عطاء ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . وبه قال الشافعي ، وهو مذهب أحمد ، وقال بعض أصحاب أحمد : يحتمل أن تصح المضاربة ، وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال ، وللمضارب أجر مثله ، لأنه علقه بشرط ، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط .
ومذهب أحمد الأول .
وإن قال : اقبض المال الذي على فلان ، واعمل به مضاربة فقبضه ، وعمل به ، جاز في قولهم جميعاً ، ويكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه . انظر (المغني ٧٤/٥) و (الروضة ١١٨/٥) لمذهب الشافعي . و (بدائع الصنائع ٣٥٩٥/٨) لمذهب أبي حنيفة .

الشافعي وأبي حنيفة ، فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة .

واختلفوا فيمن أمر رجلاً أن يقبض ديناً له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ، لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد ، وأجاز ذلك الشافعي والكوفي [١] ، قالوا : لأنه وكله على القبض ، لا أنه جعل القبض شرطاً في المصارفة ، فهذا هو القول في محله . وأما صفته فهي الصفة التي قدمناها .

* * *

(١) ذكرنا هذه المسألة قبل قليل ، وذكرنا أن مذهب الشافعي ، وأحمد ، والكوفي الجواز .



الباب الثاني

في مسائل الشروط

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة . ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز [١] ، لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولاً ، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل ، فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض [٢] ، فمالك رأى أنه إحسان من رب المال وتطوع ، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ، والشافعي رأى أنه غرر ، لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض ، وإن كان رِبْحٌ فليس لرب المال فيه شيء .

ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : القراض

---

(١) انظر لمذهب الشافعي فيما ذكره المؤلف (الروضة ١٢٣/٥) .

(٢) عند الشافعي لو شرط أحدهما أن يكون الربح كله له ، بطل القراض . وإن دفع إليه ألفاً ، وقال : تصرف فيه ، والربح كله لك ، فهو قرض ، لا حق لرب المال في ربحه . انظر (المهذب مع المجموع ٤١٧/١٣) .

ومذهب أحمد لو قال : اتجر بهذا المال ، والربح كله لك . فالمال المدفوع قرض ، لا قراض ، وهو مذهب أبي حنيفة . انظر (مطالب أولي النهى ٥١٥/٣) لمذهب أحمد . و (بدائع الصنائع ٣٦٠٤/٨) لمذهب أبي حنيفة .

جائز والشرط باطل [١] . وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض نفسه ، وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رواية أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم .

واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع ، أو تعيين جنس ما من البيع ، أو تعيين موضع ما للتجارة ، أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع : لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً ما من أوقات السنة ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك ، وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك ، كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنساً ما من السلع لكان على شرطه في ذلك بإجماع [٢] .

ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أنْ يتفاسخا [٣] فمن لم يجزه رأى أن في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد

---

(١) قال ابن قدامة : متى شرط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، فالشرط باطل ، لا نعلم فيه خلافاً ، والعقد صحيح . نص عليه أحمد ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك . وروي عن أحمد أن العقد يفسد به ، وحكي ذلك عن الشافعي ، لأنه شرط فاسد ، فأفسد المضاربة . انظر (المغني ٦٨/٥) .

(٢) انظر لمذهب الشافعي ما ذكره المؤلف (الروضة ١٢٠/٥) ومذهب أحمد : الشرط فاسد ، ولا تبطل المضاربة . انظر (الكافي ٢٨٠/٢) لمذهب أحمد .
وذلك جائز عند أبي حنيفة . انظر (بدائع الصنائع ٣٦٣٢/٨) .

(٣) انظر (بدائع الصنائع ٣٦٣٣/٨) لمذهب أبي حنيفة :
فلو قال : خذ هذا المال مضاربة إلى سنة ، جاز عند أبي حنيفة . ومنعه الشافعي ، وقال المضاربة فاسدة . انظر (نهاية المحتاج ٢٢٥/٥) وعند أحمد ذلك جائز . انظر (المغني ٦٩/٥) و (الكافي ٢٨٠/٢) وهناك رواية أخرى أنه لا يجوز . وهو مذهب أهل الظاهر ، ومالك . انظر (المحلى =

غرر ، لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ، ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة .

ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح ، فقال مالك في الموطأ : لا يجوز ، ورواه عنه أشهب ، وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك ، وبقول مالك قال الشافعي [1] وحجة من لم يجزه أنه تَعُودُ حصة العامل ورب المال مجهولة ، لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ، وتشبيهاً باشتراط زكاة أصل المال عليه - أعني على العامل - فإنه لا يجوز باتفاق . وحجة ابن القاسم أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة وإن لم يكن معلوم القدر ، لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث إلا ربع العشر ، أو النصف إلا ربع العشر ، أو الربع إلا ربع العشر ، وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ، لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة ، فكان ممكناً أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً ، وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ في المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين العامل ورب المال ، وقيل يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل ، وقيل عكس هذا .

واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاماً بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال ، فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة .

= ١١٦/٩) و (الشرح الكبير ٥١٩/٤) لمذهب مالك .

فقول المؤلف (القراض المؤجل) أي القراض الذي يضرب له أجل . وانظر كتابنا (موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة ص٢٣٤) وقد رجحت مذهب الحنفية ، والحنابلة ، لأنه يتمشى مع طبيعة المصارف الإسلامية .

(١) قال ابن عبد البر : ولا يجوز أن يشترط رب المال زكاة المال كله على العامل في حصته ، ولا بأس أن يشترط كل واحد منهما زكاة الربح على الآخر في حصته منه ، لأنه جزء معلوم . انظر (الكافي ١١٦/٢) .

وقال أشهب من أصحاب مالك : لا يجوز ذلك [1] فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال . فأما إن اشترط العامل غلامه ، فقال الثوري : لا يجوز ، وللغلام فيما عمل أجرة المثل ، وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولاً .

* * *

القول في أحكام القراض

والأحكام ، منها ما هي أحكام القراض الصحيح ، ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد ، وأحكام القراض الصحيح ، منها ما هي من موجبات العقد ، أعني أنها تابعة لموجب العقد ، ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ؟ ومنها أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك . ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار .

ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول : إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأنّ لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض .

---

(١) انظر (الروضة ١٢٢/٥) لمذهب الشافعي ، قال النووي : لهذه المسئلة : لو شرط بعضه لثالث ، فقال : على أن يكون ثلثه لك ، وثلثه لي ، وثلثه لزوجتي ، أو لابني ، أو لأجنبي ، لم يصح إلا أن يشرط عليه العمل معه . فيكون قراضاً مع رجلين ، ولو كان المشروط له عبداً لمالك ، أو عبداً لعامل ، كان مضموماً إلى ما شرط للمالك ، أو للعامل . انتهى .

فعلى هذا يجوز أن يشرط شخصاً بعينه ، إذا كان عاملاً معه ، ويمنع إذا لم يكن عاملاً معه .

وذلك جائز عند أحمد ، سواء كان غلاماً لرب المال ، أم للعامل . انظر (الكافي ٢٩٢/٢) لمذهب أحمد و(المغني ٣٦/٥) بشرط العمل . قال ابن قدامة : وحكي عن أصحاب الرأي أنه يجوز أن يجعل جزءاً من الربح لأجنبي ، ولو لم يعمل .

واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال مالك : هو لازم ، وهو عقد يورث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقد يورث [١] فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثة . والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل .

ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال ، وأنه إن خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح .

واختلفوا في الرجل يدفع إلى رجل مالاً قراضاً فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقيمة [٢] المال بعد الذي هلك ، هل له ذلك أم لا ؟ فقال مالك وجمهور العلماء : إن صدقه رب المال ، أو دفع رجل مالاً قراضاً لرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول .

وقال ابن حبيب من أصحاب مالك : إنه يلزمه في ذلك القول ، ويكون الباقي قراضاً ، وهذه المسألة هي من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها هنا

---

(١) انظر لمذهب مالك ما ذكره المؤلف (الكافي ١١٢/٢) .

وانظر لمذهب الشافعي (المجموع ٤٣٤/١٣) .

وهو مذهب أحمد ، فسخه متى شاء . قال ابن قدامة : لا فرق بين ما قبل التصرف ، وبعده . انظر (المغني ٦٤/٥) . أما عند أبي حنيفة ، فيفسخ متى شاء ، لكن عند وجود شرط الفسخ ، وأن يكون المال عيناً وقت الفسخ ، فإن كان متاعاً ، لم يصح ، وله أن يبيعه بالدراهم ، والدنانير حتى ينض . انظر (بدائع الصنائع ٣٦٦٢/٨) .

(٢) في نسخة « دار الفكر » و« دار الكتب الإسلامية » (بقية) والصواب ما أثبتناه .

لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهي من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقال الشافعي في أشهر أقواله : لا نفقة له أصلاً إلا أن يأذن له رب المال ، وقال قوم : له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعي والحسن ، وهو أحد ما روي عن الشافعي ، وقال آخرون : له النفقة في السفر من طعامه وكسوته ، وليس له شيء في الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء إلا أن مالكاً قال : إذا كان المال يحمل ذلك ، وقال الثوري : ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً . وقال الليث : يتغدى في المصر ولا يتعشى ، وروي عن الشافعي أن له نفقته في المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له في المرض [1] .

وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز . أصله المنافع . وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصدر الأول ، ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

* * *

القول في أحكام الطوارئ

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه ، فقال مالك : إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه

---

(١) عند أحمد إذا اشترط المضارب نفقة نفسه ، صح ، سواء كان في الحضر ، أم في السفر ، وقال الشافعي : لا يصح في الحضر ، ويجوز في السفر ، وهو مذهب أبي حنيفة . انظر (المغني) لابن قدامة و (بدائع الصنائع ٣٦٤٩/٨) لمذهب أبي حنيفة .
ومنعه الظاهرية مطلقاً . انظر (المحلى) .

من الضياع ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلاً إن كان هنالك [١] .

واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع . فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة ، وإن شاء تبرأ عنها ، وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراء رب المال ، شبهه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأس المال في ذلك القراض الثمنين ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عيناً : أعني ثمن تلك السلعة التي تلفت أولاً ، والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك [٢] .

واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازه الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله [٣] ووجهه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من

---

(١) وقال أحمد مثل قول الشافعي ، وأبي حنيفة ، والثوري ، وهو قول إسحق . قال ابن المنذر : إذا اقتسما الربح ، ولم يقبض رب المال رأس ماله ، فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله . انظر (المغني ٦٤/٥) وانظر (تحفة الفقهاء ٣٠/٣) لمذهب أبي حنيفة .

(٢) إذا اشترى للمضاربة شيئاً ، فتلف المال قبل نقده ، فالشراء للمضاربة ، وعقدها باق ، ويلزم رب المال الثمن ، ويصير رأس المال الثمن دون التالف عند أحمد . وهذا قول بعض الشافعية ، ومنهم من قال : رأس المال هذا والتالف ، وحكي ذلك عن أبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن . انظر (المغني ٦٨/٥) وانظر (بدائع الصنائع ٣٦٦٥/٨) لمذهب أبي حنيفة .

(٣) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع ٣٦٢٧/٨) أما مذهب الشافعي ، فإنه لا يجوز للمالك معاملة العامل بأن يشتري من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له . انظر (الروضة ١٢٨/٥) .

وهو مذهب أحمد في إحدى الروايتين ، ويصح في الأخرى . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة . انظر (المغني ٥٨/٥) .

العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا أعرف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة أنها على العامل لا على رب المال ، لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به ، فما كان من خسران في المال فعليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه .

واختلفوا في العامل يستدين مالاً فيتجر به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك لا يجوز ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما[1] وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها .

واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدَّيْنِ إذا لم يأمره به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضمن ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : له ذلك[2] .

---

(١) انظر لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع ٣٦١٦/٨) . عند أبي حنيفة يجوز ذلك بشرط أن يأذن له بالاستدانة ، وإن لم يأذن له ، فلا .

وعند الشافعي ، وأحمد : إن اشترى العامل شيئاً في ذمته ، صح الشراء ، وهو له ، لأنه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه ، فوقع له ، وهل يقف على إجازة رب المال ؟ على روايتين عند أحمد ، والشافعي . انظر (المغني ٤٧/٥) .

(٢) إذا باع نسيئة دون أن يأمره بذلك ، فقد منعه مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وهي رواية عن أحمد .

والرواية الثانية عنه : أنه يجوز له البيع نساء ، وهو قول أبي حنيفة ، واختيار ابن عقيل من الحنابلة ، لأن إذنه في التجارة ، والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة ، وهذا عادة التجار ، ولأنه يقصد به الربح ، والربح في النساء أكثر ، ويفارق الوكالة المطلقة ، فإنها لا تختص بقصد الربح ، وإنما المقصود تحصيل الثمن .

وللوجه الأول أن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ ، والاحتياط . وفي النسيئة تغرير بالمال . انظر (المغني ٣٩/٥) .

والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في أكثر الأحوال ، فمن رأى أن التصرف بالدَّيْنِ خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه ، ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه .

واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكاً : هو تعد ويضمن ، وقال مالك : ليس بتعد [١] .

ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران ، وإن كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه ، فيوفيه حظه مما بقي من المال ، وقال المزني عن الشافعي : ليس له إلا أجرة مثله ، لأنه عمل على فساد [٢] .

* * *

(١) إذا خلط ماله بمال المضاربة ، ضمنة ، لأنه أمانة ، فهي كالوديعة ، فإن قال له : اعمل برأيك ، جاز له ذلك ، وهو قول مالك ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وأحمد .
وقال الشافعي : ليس له ذلك : انظر (المصدر السابق ٥/٥٠).

(٢) قال الشافعي في القديم : إن قارض العامل بالمال شخصًا آخر من غير إذن صاحبه ، فهو ضامن ، فإن ربح به ، فلصاحب المال شطر الربح ، ثم يكون للذي عمل شطره مما بقي .
وقال في الجديد : إن اشترى بعين المال ، فهو فاسد ، وإن اشترى بغير العين جاز ، والربح للعامل الأول ، وعليه الضمان وللعامل الثاني أجرة مثله . انظر (المجموع ١٣/٤٢٤) وهو قول أبي حنيفة ، وأحمد .
هذا إذا لم يأذن له بذلك ، فإن أذن له رب المال في دفع المال مضاربة ، جاز ذلك . قال ابن قدامة : نص عليه أحمد ، ولا نعلم فيه خلافًا . ويكون العامل الأول وكيلًا لرب المال في ذلك ، فإذا دفعه إلى آخر ، ولم يشترط لنفسه شيئًا من الربح كان صحيحًا ، وإن شرط لنفسه شيئًا من الربح ، لم يصح ، لأنه ليس له من جهته مال ، ولا عمل ، والربح إنما يستحق بواحد منهما . انظر (المغني ٥/٥٠) .

القول في حكم القراض الفاسد

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فَسْخُهُ ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال : **أحدها** أنه يرد جميعه إلى قراض مثله ، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك ، وهو قوله وقول أشهب . **والثاني** أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك ، وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك .

والثالث أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه ، وإنما له الأقل مما سمى أو قراض مثله إن كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذي سمي له إن كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قِبَلِها فسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك . **والرابع** : أنه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قِبَلِ الغرر والجهل ، وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ ، واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة ، فبعضها وهو الأكثر قال : إن فيها أجرة المثل ، وفي بعضها قال : فيها قراض المثل [1] .

---

(١) هذه المسألة فيها ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : أنه إذا تصرف في القراض الفاسد ، نفذ تصرفه ، لأن رب المال أذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف كالوكيل .

الثانية : أن الربح جميعه لرب المال ، لأنه نماء ماله ، وإنما يستحق العامل بالشرط ، فإذا فسدت المضاربة ، فسد الشرط ، فلم يستحق شيئاً ، وكان له أجر مثله ، وهو مذهب الشافعي ، ونص عليه أحمد ، وهو مذهب أبي حنيفة .

=

فاختلف الناس في تـأويل قولـه ، فمنهم من حمل اختلاف قولـه فيهـا على الفرق الـذي ذهب إليـه ابن عبـد الحكم ومطرف ، وهـو اختيـار ابن حبيب واختيار جدي ـ رحمة الله عليه .

ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن مذهبه أن كل قراض فاسـد ففيـه أجرة المثل إلا تلـك التي نص فيهـا قراض المثـل وهي سبعـة : القراض بـالعروض ، والقراض بـالضمان ، والقراض إلى أجل ، والقراض المبهم ، وإذا قـال لـه اعمـل على أن لك في المال شركاء ، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بمـا لا يشبـه فحلفـا على دعواهما ، وإذا دفع إليـه المـال على أن لا يشتري بـه إلا بـالـدَّيْنِ فـاشترى بالنقد ، أو على أن لا يشتري إلا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به .

وهـذه المسـائل يجب أن ترد إلى علـة واحـدة ، وإلا فهو اختلاف من قول ابن القـاسم ، وحكى عبـد الـوهـاب عن ابن القـاسم أنـه فَصَّـلَ فقـال : إن كان الفساد من جهة العقد رد إلى قراض المثل ، وإن كان من جهة زيـادة ازدادهـا أحـدهمـا على الآخر رد إلى أجرة المثـل ، والأشبـه أن يكـون الأمر في هـذا بـالعكس . والفرق بين الأجرة وقراض المثل أن الأجرة تتعلق بذمـة رب المـال سواء أكان في المـال ربـح أو لم يكن ، وقراض المثـل هـو على سنـة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه ، وإلا فلا شيء له .

* * *

= المسألة الثالثة : في الضمان : ولا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدٍ ، وتفريـط ، لأن مـا كان القبض في صحيحـه مضموناً ، كان مضموناً في فـاسـده ، ومـا لم يكن مضموناً في صحيحـه ، لم يضمن في فاسده . وبهذا قال الشافعي ، وأحمد . وقـال أبو يوسف ، ومحمـد : يضمن . انظر (المغني ٧٢/٥) وانظر (تحفة الفقهاء ٣٢/٣) لمذهب أبي حنيفة .

القول في اختلاف المتقارضين

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك الأمر عنده في جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه ، وقال الليث : يحمل على قراض مثله ، وبه قال مالك إذا أتى بما لا يشبه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : القول قول رب المال ، وبه قال الثوري ، وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاسخان ، ويكون له أجرة مثله [1] وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه ، هل ذلك لأنه مدعى عليه ، أو لأنه في الأغلب أقوى شبهة ؟ فمن قال لأنه مدعى عليه قال : القول قول رب المال ، ومن قال لأنه أقواهما شبهة في الأغلب قال : القول قول العامل لأنه

---

(١) إذا اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال . كذا قال الثوري ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، قال ابن المنذر : وبه نقول . وهو قول أحمد .

وإن اختلفا في البيع نسيئة ، وفي قيمة الشراء ، فالقول قول العامل . نص عليه أحمد . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : القول قول رب المال ، لأن الأصل عدم الإذن ، ولأن القول قول رب المال في أصل الإذن ، فكذلك في صفته .

وللقول الأول : أنها اتفقا على الإذن ، واختلفا في صفته ، فكان القول قول العامل .

وإن قال : شرطت لي نصف الربح ، فقال : بل ثلثه ، فعن أحمد روايتان : **الأولى :** القول قول رب المال . وبه قال الثوري ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وابن المبارك ، وابن المنذر .

والثانية : عن أحمد أن العامل إذا ادعى أجر المثل وزيادة يتغابن الناس بمثلها ، فالقول قوله ، وإن ادعى أكثر ، فالقول قوله فيا وافق أجر المثل .

وقال الشافعي : يتحالفان .

وإن ادعى العامل رد المال ، فأنكر رب المال ، فالقول قول رب المال مع يمينه . نص عليه أحمد ، ولأصحاب الشافعي وجهان : **أحدهما :** كقول أحمد . **والآخر :** يقبل قوله ، لأنه أمين وإن قال : ربحت ألفاً ، ثم قال خسرت ذلك ، قبل قوله ، لأنه أمين . انظر (المغني ٧٧/٥) .

عنـده مـؤتمن وأمـا الشـافعي فقـاس اختـلافهما على اختـلاف المتبـايعين في ثمن السلعة . وهذا كاف في هذا الباب .

* * *



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب المساقاة

القول في المساقاة

أما أولاً : ففي جوازها . والثاني : في معرفة الفساد والصحة فيها . والثالث : في أحكامها .

القول في جواز المساقاة

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء : مالك والشافعي والثوري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وأحمد وداود ، وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع ما لم يخلق ، ومن الإجارة المجهولة ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلاً [١] .

وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها » خرجه البخاري ومسلم وفي بعض رواياته « أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر « أقركم على ما أقركم الله ، على أن الثمر بيننا وبينكم » قال وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ، ثم يقول « إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي » وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار في معناه [٢] .

---

(١) انظر ما قاله المؤلف لمذهب الجمهور ، وأبي حنيفة (سبل السلام ٧٦/٣) و (نيل الأوطار ٣٠٨/٥) .

(٢) تقدم تخريج هذه الأحاديث .

وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول ، مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفاً للأصول ، لأنه بيع ما لم يخلق ، وأيضاً فإنه من المزابنة ، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلاً ، لأن القسمة بالخرص بيع الخرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روي في حديث عبد الله بن رواحة أنه كان يقول لهم عند الخرص « إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين ، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم » وهذا حرام بإجماع . وربما قالوا النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر .

والجمهور يرون أن المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : ومما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها ، لأن المساقاة تقتضي جواز ذلك ، وهو خاص أيضاً في بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي ، أعني بما جاء من « أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

* * *

القول في صحة المساقاة

والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها ، وفي وقتها ، وفي شروطها المشترطة في أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذي تنعقد عليه . وصفة العمل الذي تنعقد عليه . والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

الركن الأول : في محل المساقاة : واختلفوا في محل المساقاة ، فقال داود : لا تكون المساقاة إلا في النخيل فقط ، وقال الشافعي : في النخل والكَرْمِ

فقط ، وقال مالك : تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقاثئ والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغل . فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة ، فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السُّنَّة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام ، فوجب تعدية ذلك إلى الغير .

وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التي علقت الرخص بالنص بها ، وقوم منعوا القياس على الرخص ، وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله مطردة ، وأما الشافعي فإنما أجازها في الكَرْمِ من قِبَلِ أن الحكم في المساقاة هو بالخَرْصِ ، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة ، والحديث الذي ورد عن عَتّاب ابن أَسِيدٍ هو « أن رسول الله ﷺ بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدي زكاته زبيباً ، كما تؤدي زكاة النخل تمراً »[1] ودفع داود حديث عتاب بن أَسِيد لأنه

---

(١) حديث أنه قال في زكاة الكرم « أنها تخرص كما تخرص النخل ، ثم تؤدى زكاته زبيباً كما تؤدى زكاة النخل تمراً » رواه أبو داود ، والترمذي ، والنسائي ، وابن حبان ، والدارقطني من حديث عتاب بن أسيد . قال : أمر رسول الله ﷺ أن يخرص العنب كما يخرص النخل . وتؤخذ زكاته زبيباً كما تؤخذ صدقة النخل تمراً . ومداره على سعيد بن المسيب عن عتاب . وقد قال أبو داود : لم يسمع منه . وقال ابن قانع : لم يدركه ، وقال المنذري : انقطاعه ظاهر ، لأن مولد سعيد في خلافة عمر . ومات عتاب يوم مات أبو بكر . وسبقه إلى ذلك ابن عبد البر . وقال ابن السكن : لم يُرْوَ عن رسول الله ﷺ من وجه غير هذا . وقد رواه الدارقطني بسند فيه الواقدي ، وقال أبو حاتم : الصحيح عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ أمر عتاباً .... » مرسل ، وهذه رواية عبد الرحمن بن إسحق عن الزهري . هذا قول الحافظ .

ثم قال الحافظ : قال النووي : هذا الحديث ، وإن كان مرسلاً ، لكنه اعتضد بقول الأئمة . انتهى . وقد أخرج البيهقي من طريق يونس عن الزهري ، قال : سمعت أبا أمامة بن سهل في

=

مرسل ، ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن إسحاق وليس بالقوي .

واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار ، هل يجوز أن تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحبا أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ، وقال الشافعي وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة إلا في الثمر فقط ، وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك ، فلا بأس بدخولها في المساقاة ، اشترط جزءاً خارجاً منها أو لم يشترطه ، وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ، أعني أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ، لأنها زيادة ازدادها عليه ، وقال الشافعي : ذلك جائز [1] .

= مجلس سعيد بن المسيب . قال : مضت السنة أن لا تؤخذ الزكاة من نخل ، ولا عنب حتى يبلغ خرصها خمسة أوسق ، قال الزهري : ولا نعلم يخرص من الثمر إلا التمر ، والعنب . انظر (التلخيص ١٧١/٢) .

مذهب الشافعي أن المساقاة لا تجوز إلا في النخيل ، والكرم . وفي سائر الشجر قولان : الجديد لا يجوز . والقديم يجوز .

وقال أبو حنيفة ، وزفر : لا تجوز بحال .

وقال مالك ، وأحمد ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وإسحق ، وأبو ثور : المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر .

قال ابن قدامة : وهو قول الخلفاء الراشدين ، وابن المسيب ، وسالم بن عبد الله . وقال داود : لا يجوز إلا في النخيل . انظر (المغني ٣٩٢/٥) و (المجموع ٤٦٣/١٣) .

(١) قال النووي : الأكثرون على جواز المزارعة تبعاً للمساقاة ، وهو قول الشافعي ، وموافقيه ، وإن كانت المزارعة عندهم لا تجوز منفردة ، فتجوز تبعاً للمساقاة ، فيساقيه على النخل ، ويزارعه على الأرض ، كما جرى في خيبر . وقال مالك : لا تجوز المزارعة لا منفردة ، ولا تبعاً ، إلا ما كان من الأرض بين الشجر . وقال أبو حنيفة ، وزفر : المزارعة ، والمساقاة فاسدتان ، سواء جمعهما ، أم فرقهما ، ولو عقدتا ، فسختا . وقال ابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وسائر الكوفيين ، وفقهاء المحدثين ، وأحمد ، وابن خزيمة ، وابن شريح ، وآخرون : تجوز المساقاة ، =

وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً ـ أعني على الأرض بجزء مما يخرج منها ـ حديث ابن عمر المتقدم ، وحجة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج ، وقد تقدم ذلك ، وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الألفاظ ، وحديث ابن عمر أصح .

وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبني على غير الأصول ، لأن الأصول تقتضي أنه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد .

ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل ، فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن ، وقال الليث : لا تجوز المساقاة في البقل ، وإنما أجازها الجمهور لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال أخر ، مثل الإبار وغير ذلك ، وأما الليث فيرى السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد

= والمزارعة مجتمعتين ، وتجوز كل واحدة منهما منفردة . وهذا هو الظاهر المختار لحديث خيبر . انظر (مسلم بشرح النووي بهامش إرشاد الساري ٤١٩/٦) .

كما ذكر الشيرازي أن المزارعة : لا تجوز على بياض شجر فيه ، فأما إذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها ، نظرت ، فإن كان النخيل كثيراً ، والبياض قليلاً ، جازت المساقاة على النخل ، والمزارعة على الأرض لحديث خيبر ، فإن عقدت المزارعة على الأرض ، ثم عقدت المساقاة على النحل ، لم تصح المزارعة ، لأنها إنما أجيزت تبعاً للمساقاة للحاجة ، ولا حاجة قبل المساقاة ، وإن عقدت بعد المساقاة ، ففيه وجهان : **الأول** : لا تصح . **والثاني** : تصح . وإن عقدها مع المساقاة . وسوى بينها في العوض ، جاز ، فإن فاضل ، ففيه وجهان . انظر (المهذب مع المجموع ٤٦٩/١٣) وبهذا يتبين أن ما ذكره المؤلف عن الشافعي ليس علي إطلاقه . فتأمل ذلك . وانظر كذلك (تحفة المحتاج شرح المنهاج ١١٢/٦) في مذهب الشافعي . وانظر (الأم ٢٣٨/٣) للشافعي . فهنا ملاحظتان على المؤلف : **الأولى** : أنه قال : لا تجوز إلا في الثمر ، ولم يفصل . **والثانية** : قوله بعد ذلك : وقال الشافعي : « ذلك جائز » وهذا يعني أن الشافعي يقول بجواز المساقاة للزرع . وقبل ذلك قال الشافعي : لا تجوز . وهذا تناقض للقولين . فتأمل ذلك .

عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها [١] .

* * *

الركن الثاني : وأما الركن الذي هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والإبار .

واختلفوا في الجذاذ على من هو ؟ وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال في الموطأ : السنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر ، هذا وأشباهه هو على العامل ، وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي : ليس عليه سد الحظار لأنه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الإبار والسقي . وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تنقية

---

(١) الشافعي يمنع المساقاة في البقول ، سواء تجزُّ مرة واحدة ، أم تجزُّ مرة بعد مرة ، وكذلك ما لا ساق له كالبطيخ ، والقثاء ، والباذنجان ، كما لا تجوز على الزرع . انظر (الروضة ١٥٠/٥) وهذا كما ترى مخالف لما ذكره المؤلف . وهو مذهب أحمد . انظر (حاشية الروض المربع ٢٨١/٢) .

وما ذكره المؤلف من جواز المساقاة في البقل من أنه قول الجمهور فيه نظر وكذلك ليس هو مذهب مالك .

فقد قال ابن عبد البر : وأما المقاثئ ، والزرع ، والبقول ، فلا تجوز المساقاة فيها . وقال مالك : لا تجوز مساقاة الزرع صغيراً قبل استقلاله ، فإذا استقل ، وعجز أربابه عن سقيه ، جازت المساقاة ، وكذلك المقاثئ ، والباذنجان ، وسائر البقول ، إذا استقلت ، وظهرت وعجز أربابها عن سقيها ، جازت المساقاة فيها ، وقد روي عنه ، وعن طائفة من أصحابه أن المساقاة في البقول لا تجوز . انظر (الكافي ١٠٦/٢) .

بهذا يتبين أن قول المؤلف لمذهب مالك ليس على إطلاقه .

السواني والأنهار [١] .

وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي : هو على العامل ، إلا أن مالكاً قال : إن اشترطه العامل على رب المال جاز ، وقال الشافعي : لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة إن وقع ، وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما نصفان ، وقال المحصلون من أصحاب مالك : إن العمل في الحائط على وجهين : عمل ليس في إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير في إصلاحها ، والذي له تأثير في إصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر .

فأما الذي ليس له تأثير في إصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط إلا الشيء اليسير منه . وأما ما له تأثير في إصلاح الثمر

---

(١) الذي يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الأرض تحت الشجر والبقر التي تحرث ، وآلة الحرث ، وسقي الشجر ، واستقاء الماء ، وإصلاح طرق الماء ، وتنقيتها ، وقطع الحشيش المضر ، والشوك ، وقطع الشجر اليابس ، وزبار الكرم . وقطع ما يحتاج إلى قطعه ، وتسوية الثمرة وإصلاح الأجاجين ، وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل ، وإدارة الدولاب ، والحفظ للثمر في الشجر ، وبعده حتى يقسم ، وإن كان مما يشمس ، فعليه تشميسه .

وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل : كسد الحيطان ، وإنشاء الأنهار ، وعمل الدولاب ، وحفر بئره ، وشراء ما يلقح به . وعبر بعض أهل العلم عن هذا بإيجاز ، فقال : كل ما يتكرر كل عام ، فهو على العامل ، وما لا يتكرر . فهو على رب المال .

قال ابن قدامة : وهذا صحيح في العمل ، فأما شراء ما يلقح به ، فهو على رب المال ، وإن تكرر ، لأن هذا ليس من العمل فإن أطلقا العقد ، ولم يبينا ما ذكر على كل واحد منهما ، فعليه ما ذكر فيما يخصه ، وإن شرطا ذلك ، كان تأكيداً . وإن شرطا على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر ، فقال القاضي ، وأبو الخطاب من الحنابلة : لا يجوز ذلك . قال ابن قدامة : وعلى هذا تفسد المساقاة عند أحمد وهو مذهب الشافعي . وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك .

فأما الجذاذ ، والحصاد واللقاط ، فهو على العامل . نص عليه أحمد في الحصاد ، وهو مذهب الشافعي ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرطا على العامل ، فجائز . وقال محمد بن الحسن : تفسد المساقاة بشرطه على العامل ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد . انظر (المغني ٤٠١/٥) وما بعدها . و (المجموع ٤٧٥/١٣) وما بعدها .

ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد ، مثل إنشاء حفر بئر ، أو إنشاء ظفيرة للماء ، أو إنشاء غرس ، أو إنشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ما له تأثير في إصلاح الثمر ولا يتأبد ، فهو لازم بنفس العقد ، وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك ، وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل .

واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقي ، فقال مالك : يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما إن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز ، وقال الشافعي : لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط ، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ، وقال محمد بن الحسن : لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ، ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ، ومن أجازه رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم ، لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر ، وإنما فرق محمد بن الحسن لأن اشتراطها على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده .

واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز ، لأنها إجارة بما لم يخلق ، فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه وغير الجائزة .

* * *

الركن الثالث : وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض ،

وقد قيل إن ذلك منحة لا مساقاة ، وقيل لا يجوز .

واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير[1] ولا شيئاً من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار وإصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ، ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين : أحدهما على جزء ، والآخر على جزء آخر ، واحتج بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر ، وذلك أنه سقى على حوائط مختلفة بجزء واحد ، وفيه خلاف .

وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون إلا بالكيل ، وكذلك في الشركة ، وأنها لا تجوز بالخرص ، وأجاز قوم قسمتها بالخرص .

واختلف في ذلك أصحاب مالك ، واختلفت الرواية عنه ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك ، وقيل يجوز بإطلاق إذا اختلفت حاجة الشريكين .

وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة . وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة ، وفيه ضعف . وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الخرص في مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء ابن يسار .

* * *

(١) انظر (المغني ٤١٢/٥) في اشتراط الدراهم والدنانير لمذاهب العلماء . وانظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٢٩٥) لمذهب مالك .

الركن الرابع : وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشترط في جواز المساقاة ، ووقت هو شرط في صحة العقد ، وهو المحدد لمدتها . فأما الوقت المشترط في جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح . واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد بدو الصلاح .

وقال سحنون من أصحاب مالك : لا بأس بذلك . واختلف قول الشافعي في ذلك ، فمرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه إنها لا تجوز إذا خلق الثمر [1] وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت . قالوا : وإنما هي إجارة إن وقعت .

---

(١) الأولى أن يقول : اتفقوا على أنها تجوز قبل أن تثمر ، واختلفوا بعدما أثمرت ، لأن الاتفاق على الجواز فيما قبل الثمر ، وإلا بماذا يستحق العامل نصيبه من الثمر ؟ فإنه يستحق ذلك إذا قام بالعمل لهذا الشجر حتى أثمر .

أما إذا أثمر الشجر ، ففي الجواز خلاف بينهم ، فأجازه مالك ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور ، وهو أحد قولي الشافعي ، ورواية عن أحمد ، لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها ، فمع وجودها وقلة الغرر أولى .

والرواية الثانية عن أحمد : لا تجوز ، وهو القول الثاني للشافعي ، لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ، فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي ، فلم يصح ؛ كما لو بدا صلاح الثمر ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه ، فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ، ولأن هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ، ومجهول ، فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك . هذا ما جاء في المغني لابن قدامة : . انظر (٣٩٤/٥) .

فهذا يدل على أنهم اتفقوا على الجواز قبل أن يخرج الثمر ، واختلفوا بعد ما خرج . واختلفوا كذلك بعد بدو الصلاح ، فقال الجمهور : لا يجوز لاستغنائه عن الخدمة ، وأجازها سحنون من المالكية على حكم الإجارة في مذهبه . انظر (حاشية الشرح الكبير ٥٣٩/٣) هذه ملاحظة أولى .

=

وحجة من أجازها أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لأنه يجوز بيعها ، أعني عند الجمهور .

وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة ، فإن الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولاً - أعني مدة غير مؤقتة - وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر[1] .

وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياساً على الإجارة ، وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله ﷺ « أقركم على ما أقركم الله »[2] وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وإنقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالأهِلَّة . وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد ؟ فاختلفوا في ذلك ، فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها أن لا تنعقد إلاّ بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة ، وبه قال الشافعي ، وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو قياس قول سحنون .

* * *

= **أما الملاحظة الثانية :** فهي قوله (واختلف قول الشافعي ..) .
قول الشافعي لم يختلف إذا بدا صلاح الثار ، فعنده إذا بدا صلاح الثار ، لم تجز المساقاة قولاً واحداً .
ولكن اختلف عنه الرواية بعد أن أثمر الشجر ، فقد قال النووي : في جواز المساقاة بعد خروج الثار قولان : **أظهرهما** : الجواز . وفي موضع القولين طرق . **أصحها** : أنها قبل بدو الصلاح . فأما بعده ، فلا يجوز قطعاً . **والثاني** : القولان فيما لم يتناه نضجه . فإن تناه ، لم يجز قطعاً . **والثالث** : طردهما في كل الأحوال . انظر (الروضة ١٥٢/٥) .

(١) عند أحمد لو لم يضرب لها مدة ، جاز ، لأن فسخها جائز لكل واحد منهما ، وإن قدرها بمدة ، جاز ، لأنه لا ضرر في التقدير . انظر (المغني ٤٠٨/٥) . وعن الشافعي يشترط لصحة المساقاة أن تكون مؤقتة . انظر (الروضة ١٥٦/٥) .

(٢) تقدم تخريج الحديث ، وهو مرسل مالك الذي رواه في الموطأ .

القول في أحكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعليه العمل إن أبى الورثة من تركته ، وقال الشافعي إذا لم يكن له تركة سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة . وقال الشافعي : تنفسخ المساقاة بالعجز ، ولم يفصل . وقال مالك : إذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقي غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل ، وإن يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر ، وإذا كان العامل لصاً أو ظالماً لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك .

وحكي عن الشافعي أنه قال : يلزمه أن يقيم غيره للعمل ، وقال الشافعي : إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله [1] ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف

---

(١) حكمها عند مالك لازمة كما ذكر المؤلف . انظر (الشرح الصغير) وهي كذلك عند الشافعي عقد لازم كالإجارة ، ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب . انظر (الروضة ١٦٠/٥) .

أما إذا مات مالك الشجر عند الشافعي ، لم تنفسخ المساقاة ، بل يستمر العامل ، ويأخذ نصيبه . وإن مات العامل ، فإن كانت المساقاة على عينه ، انفسخت بموته كالأجير المعين ، وإن كانت على الذمة ، فوجهان : الصحيح لا تنفسخ كالإجارة فيتم وارث العمل . انظر (الروضة ١٦٢/٥) .

وعند أحمد وجهان : القول بالفسخ بموت أحدهما كالمضاربة . والثاني بلزومها ، وعدم الفسخ ، ويقوم الوارث مقام الميت . انظر (المغني ٤٠٨/٥) .

ومذهب الشافعي إذا عجز العامل عن العمل لضعفه مع أمانته ، ضم إليه غيره ، ولا ينزع من يده ، لأن العمل مستحق عليه ، وإن عجز بالكلية ، أقام مقامه من يعمل ، والأجرة عليه في الموضعين ، لأن عليه توفية العمل . وهذا من توفيته . انظر (المجموع ٤٦٨/١٣) وهو مذهب أحمد . انظر (المغني ٤١٠/٥) .

القراض ونصابها عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء . وإذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع [1] وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيَيْن شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها .

* * *

أحكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل . واختلفوا إذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها ؟ فقيل إنها ترد إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول

= أما إذا ثبت خيانته ، ضم إليه من يشرف عليه ، فإن لم يمكن حفظه ، استؤجر من ماله من يعمل عمله عند الشافعي ، وأحمد ، وقال أصحاب مالك : لا يقام غيره مقامه ، بل يحفظ منه ، لأن فسخه ، لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه ، فأشبه ما لو فسق بغير خيانة . انظر (المغني ٤١٠/٥) و (المجموع ١٣/ ٤٦٨) .

أما إذا هرب العامل ، فلرب المال رفع الأمر للحاكم ، ليعين بدله ، فإن كانت الثمرة قد ظهرت ، بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه الأجر ما بقي من العمل من يعمل ذلك ، وإن احتيج إلى بيع الجميع ، وهذا مذهب الشافعي . انظر (المجموع ٤٦٨/١٣) .

ومذهب أحمد ، إذا هرب العامل ، فلرب المال الفسخ ، لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه ، حكم ما لو مات ، وأبى وارثه أن يقوم مقامه . انظر (المغني ٤٠٩/٥) .

(١) إن اختلفا في الجزء المشروط للعامل ، فالقول قول رب المال عند أحمد . ذكره ابن حامد . وقال مالك : القول قول العامل ، إذا ادعى ما يشبه ، لأنه أقوى سبباً لتسلمه للحائط ، والعمل ، وقال الشافعي : يتحالفان ، وكذلك فيما تناولته المساقاة من الشجر . انظر (المغني ٤١٠/٥) و (المهذب مع المجموع ٤٦٦/١٣) .

الشافعي وقياس إحدى الروايتين عن مالك ، وقيل إنها ترد إلى مساقاة المثل بإطلاق ، وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ، وأما ابن القاسم فقال في بعضها : ترد إلى مساقاة مثلها ، وفي بعضها : إلى إجارة المثل .

واختلف التأويل عنه في ذلك ، فقيل في مذهبه إنها ترد إلى إجارة المثل إلا في أربع مسائل فإنها ترد إلى مساقاة مثلها : إحداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطعم . والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه . والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة . والرابعة إذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف ، وقيل إن الأصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه ، وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها إلى أجرة المثل ، مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم ، وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت إجارة فاسدة ، وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق .

وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جارٍ على غير قياس . وفي المسألة قول رابع ، وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان للمساقي ، أو أقل إن كان الشرط للمساقى ، وهذا كاف بحسب غرضنا .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الشركة *

والنظر في الشركة ، في أنواعها ، وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه ، وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب . والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع : شركة العنان : وشكرة الأبدان وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه . واحدة منها متفق عليها ، وهي شركة العنان ، وإن كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ ، وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد . والثلاثة مختلف فيها ، ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

* * *

القول في شركة العنان

وأركان هذه الشركة ثلاثة : **الأول** : محلها من الأموال . **والثاني** : في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . **الثالث** : في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

---

* بكسر ، فسكون ، وحكى فتح ، فكسر ، وفتح ، فسكون . وقد تحذف هاؤها ، فتصير مشتركة بينها ، وبين النصيب وهي لغة : الاختلاط .

وشرعاً : هي الاجتماع في استحقاق ، أو تصرف (الحنابلة) أو هي : ثبوت الحق . ولو قهراً شائعا في شيء لأكثر من واحد (الشافعية) .

القول في شركة العنان

وهي أن يشترك اثنان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما ، والربح بينهما ، وهي جائزة بالإجماع ذكره ابن المنذر . وسميت بذلك لأنهما يتساويان في المال ، والتصرف ، كالفارسين ، إذ سويا بين =

الركن الأول : فأما محل الشركة ، فمنه ما اتفقوا عليه ، ومنه ما اختلفوا فيه ، فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين : أعني الدنانير والدراهم ، وإن كانت في الحقيقة بيعاًلا تقع فيه مناجزة ، ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة ، لكن الإجماع خصص هذا المعنى في الشركة ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشركة بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة ، مثل الشركة بالدنانير من أحدهما ، والدراهم من الآخر ، وبالطعام الربوي إذا كان صنفاً واحداً ، فههنا ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : فأما إذا اشتركا في صنفين من العروض ، أو في عروض ودراهم أو دنانير ، فأجاز ذلك ابن القاسم ، وهو مذهب مالك ، وقد قيل عنه إنه كره ذلك . وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع ، وذلك أن يكون العرضان مختلفين ، كأن كل واحد منهما باع جزءاً من عَرَضِهِ بجزء من العَرَضِ الآخر ، ومالك يعتبر في العروض إذا وقعت فيها الشركة القِيَمَ ، والشافعي يقول : لا تنعقد الشركة إلا على أثمان العروض ، وحكى أبو حامد [١] أن ظاهر مذهب الشافعي يشير إلى أن الشركة مثل القراض لا تجوز إلا بالدراهم

= فرسيهما ، وتساويا في السير ، فإن عنانهما يكونان سواء .

وقال الفراء : هي مشتقة من عنَّ الشيء إذا عرض ، يقال : عنّت لي حاجة ، إذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك ، لأن كلا منهما عنَّ له أن يشارك صاحبه .

وقيل : هي مشتقة من المعانتة ، وهي المعارضة ، يقال :عانت فلاناً ، إذا عارضه بمثل ماله ، وأفعاله ، فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله ، وفعاله . وهذا يرجع إلى قول الفراء . انظر (المغني ١٦/٥) .

(١) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي من الشافعية .

والدنانير ، قال : والقياس أن الإشاعة فيها تقوم مقام الخلط [1] .

* * *

المسألة الثانية : وأما إن كان الصنفان مما لا يجوز فيها النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر ، أو بالطعامين المختلفين ، فاختلف في ذلك قول مالك ، فأجازه مرة ، ومنعه مرة ، وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معاً وعدم التناجز ، ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز ، وبالمنع قال ابن القاسم ، ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها [2] .

* * *

المسألة الثالثة : وأما الشركة بالطعام من صنف واحد ، فأجازها ابن القاسم قياساً على إجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قوليه ـ وهو المشهور ـ بعدم المناجزة الذي يدخل فيه ، إذ

---

(١) عند الشافعية تصح الشركة على الدراهم . والدنانير ، لأنها أصل لكل ما يباع ، ويبتاع ، وبها تعرف قيمة الأموال ، وما يزيد فيها من الأرباح ، فأما ما سواهما من العروض ، فصنفان : صنف لا مثل له كالحيوان ، والثياب ، فلا يجوز عقد الشركة عليها لأنها قد تزيد قيمة أحدهما دون الآخر .

وأما ماله كالحبوب ، والأدهان .. ففيه وجهان : أحدهما لا يجوز نص عليه البويطي . والثاني يجوز وهو قول أبي إسحق . انظر (المهذب مع المجموع ٨١/١٣) .

ولا تجوز الشركة بالعروض في ظاهر مذهب أحمد . نص عليه في رواية أبي طالب . وحكاه عنه ابن المنذر . وكره ذلك ابن سيرين ، ويحيى ابن أبي كثير ، والثوري . وإسحاق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . انظر (المغني ١٦/٥) .

(٢) لا يشترط عند أحمد اتحاد المالين في الجنس ، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم ، والآخر دنانير . نص عليه أحمد . وبه قال الحسن ، وابن سيرين .

وقال الشافعي : لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد ، بناء على أن خلط المالين شرط انظر (المغنى ١٩/٥) و (المهذب مع المجموع ٨٣/١٣) لمذهب الشافعي .

رأى أن الأصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالإجماع ، وقد قيل إن وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر إلى الاستواء في القيمة ، والبيع يفتقر إلى الاستواء في الكيل ، فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد إلى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد ، فكَره مالك ذلك ، فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة .

(واختلفوا هل من شرط مال الشركة أن يختلط ، أو لا يختلط ؟ فقال مالك : إن من شرط الشركة : أن يختلطا)[١] : إما حسًّا وإما حكماً ، مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعي : لا تصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطاً لا يتميز به مال أحدهما من مال الآخر ، وقال أبو حنيفة : تصح الشركة وإن كان مال كل واحد منهما بيده[٢] . فأبو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ، ومالك اشترط إلى ذلك اشتراك التصرف في المال ، والشافعي اشترط إلى هذين الاختلاط . والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه ، فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

* * *

فأما الركن الثاني : وهو وجه اقتسامهما الربح ، فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان الربح تابعا لرؤوس الأموال ، أعني إن كان أصل مال الشركة متساويين كان الربح بينهما نصفين .

---

(١) ما بين القوسين حذف من نسخة « دار الكتب الإسلامية » .

(٢) عند أبي حنيفة ، وأحمد لا يشترط اختلاط المالين ، إذا عيناهما ، وأحضراهما . وقال الشافعي لا يصح حتى يختلط المالان .

انظر (المغنى ٥/٢٠) وانظر (المهذب مع المجموع) لمذهب الشافعي (١٣/٨٣) .

واختلفوا هل يجوز أن يختلف رؤوس أموالهما ويستويان [١] في الربح ؟ فقال مالك والشافعي : ذلك لا يجوز ، وقال أهل العراق : يجوز ذلك [٢] . وعمدة من منع ذلك أن تشبيه الربح بالخسران ، فكما أنه لو اشترط أحدهما جزءاً من الخسران لم يجز ، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح خارجاً عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين : أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة .

وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض ، وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه ، والعامل ليس يجعل مقابله إلا عملاً فقط كان في الشركة أحرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذا كانت الشركة مالاً من كل واحد منهما وعملاً ، فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلاً لفضل عمله على عمل صاحبه ، فإن الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

* * *

وأما الركن الثالث : الذي هو العمل ، فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه ، وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال ، وأظن أن من العلماء من لا يجيز الشركة إلا أن يكون مالاهما متساويين التفاتاً إلى العمل [٣] . فإنهم يرون أن العمل في الغالب مستوٍ فإذا لم يكن المال بينهما على التساوي كان

---

(١) هكذا في جميع النسخ ، وحسب القاعدة اللغوية (ويستويا) فتأمل ذلك .

(٢) انظر لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ٨٧/١٣) وقال أبو حنيفة يجوز ، وهو مذهب أحمد . انظر (منار السبيل ٣٣٩/١) .

(٣) لا يشترط تساوي المالين في القدر . وبه قال أحمد ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأصحاب الرأي . وعليه أكثر الشافعية وقال بعضهم : ذلك لا يجوز . انظر (المغني ٢٠/٥) . و (المهذب مع المجموع ٨٦/١٣) .

هنالك غبن على أحدهما في العمل ، ولهذا قال ابن المنذر : أجمع العلماء على جواز الشركة التي يُخْرِجُ فيها كل واحد من الشريكين مالاً مثل مال صاحبه من نوعه : أعني دراهم أو دنانير ، ثم يخلطانها حتى يصيرا مالاً واحداً لا يتميز . على أن يبيعا ويشتريا ما رأيا من أنواع التجارة ، وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصفين ، وما كان من خسارة فهو كذلك ، وذلك إذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه ، واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً ، والمشهور عند الجمهور أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه [1] .

* * *

القول في شركة المفاوضة

واختلفا في شركة المفاوضة ، فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها ، وإن كان اختلفوا في بعض شروطها ، وقال الشافعي : لا تجوز [2] .

ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره ، وذلك واقع عندهم في جميع أنواع

---

(١) قال ابن قدامة : ومن يشترط صحتها : أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف ، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها ، وإن عين له جنساً ، أو نوعاً ، أو بلداً تصرف فيه دون غيره ، لأنه متصرف بالإذن ، فوقف عليه كالوكيل . انظر (المغني ٥/٢١) .

القول في شركة المفاوضة

(٢) الشافعي لا يجيز أنواع الشركات سوى شركة العنان ، والمضاربة . انظر (المجموع مع المهذب) وأجازها أحمد ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة . وهو أن يشتركا في جميع أنواع الشركة ، مثل أن يجتمعا في شركة العنان ، والوجوه ، والأبدان ، فيصح ذلك . هذا نوع .
والنوع الثاني : أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث ، أو يجده من ركاز ، أو لقطة . ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية ، وضمان عند أحمد ، والشافعي ، وأجازه الثوري ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، وحكي ذلك عن مالك . انظر (المغني ٥/٣٠) .

المتلكات . وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطلق على اختلاط الأموال ، فإن الأرباح فروع ، ولا يجوز أن تكون الفروع مشتركة إلا باشتراك أصولها ، وأما إذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لا يجوز ، وهذه صفة شركة المفاوضة .

وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزءاً من ماله بجزء من مال شريكه ، ثم وَكَّلَ واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده . والشافعي يرى أن الشركة ليست هي بيعاً ووكالة . وأما أبو حنيفة فهو ههنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان إلا النقد فقط . وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة ، فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط المفاوضة التساوي في رؤوس الأموال ، وقال مالك : ليس من شرطها ذلك تشبيهاً بشركة العنان ، وقال أبو حنيفة ، لا يكون لأحدهما شيء إلا أن يدخل في الشركة . وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضي هذين الأمرين ، أعني تساوي المالين وتعميم ملكهما .

* * *

القول في شركة الأبدان

وشركة الأبدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ، ومنع منها الشافعي [1] . وعمدة الشافعية أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال ، لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم ، إذ كان عمل كل واحد منهما مجهولاً عند صاحبه . وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة ، وهم إنما استحقوا ذلك بالعمل .

---

(١) وتجوز كذلك عند أحمد ، ولكن بشرط اتفاق الصنائع ، فأما مع اختلافها ، فقال أبو الخطاب من الحنابلة : لا تصح ، وهو قول مالك . وقال القاضي من الحنابلة : تصح ، لأنهما اشتركا في مكسب مباح ، كما لو اتفقت الصنائع . انظر (المغني ٧/٥) وانظر (تحفة الفقهاء ١٤/٣) لمذهب أبي حنيفة .

وما روي من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر ، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً ، فلم ينكر النبي ﷺ عليهما [١] . وأيضاً فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة ، وللشافعي أن المفاوضة خارجة عن الأصول فلا يقاس عليها ، وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجاً عن الشركة ، ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان ، وقال أبو حنيفة : تجوز مع اختلاف الصنعتين ، فيشترك عنده الدباغ والقصار ، ولا يشتركان عند مالك . وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان . وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل .

* * *

القول في شركة الوجوه

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة ، وقال أبو حنيفة : جائزة [٢] وهذه الشركة هي الشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال .

وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل ، وكلاهما معدومان في هذه المسألة مع ما في ذلك من الغرر ، لأن كل واحد منهما عارض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص ، وأبو حنيفة يعتمد أنه عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

* * *

---

(١) حديث ابن مسعود رواه أبو داود ، وابن ماجة .

القول في شركة الوجوه

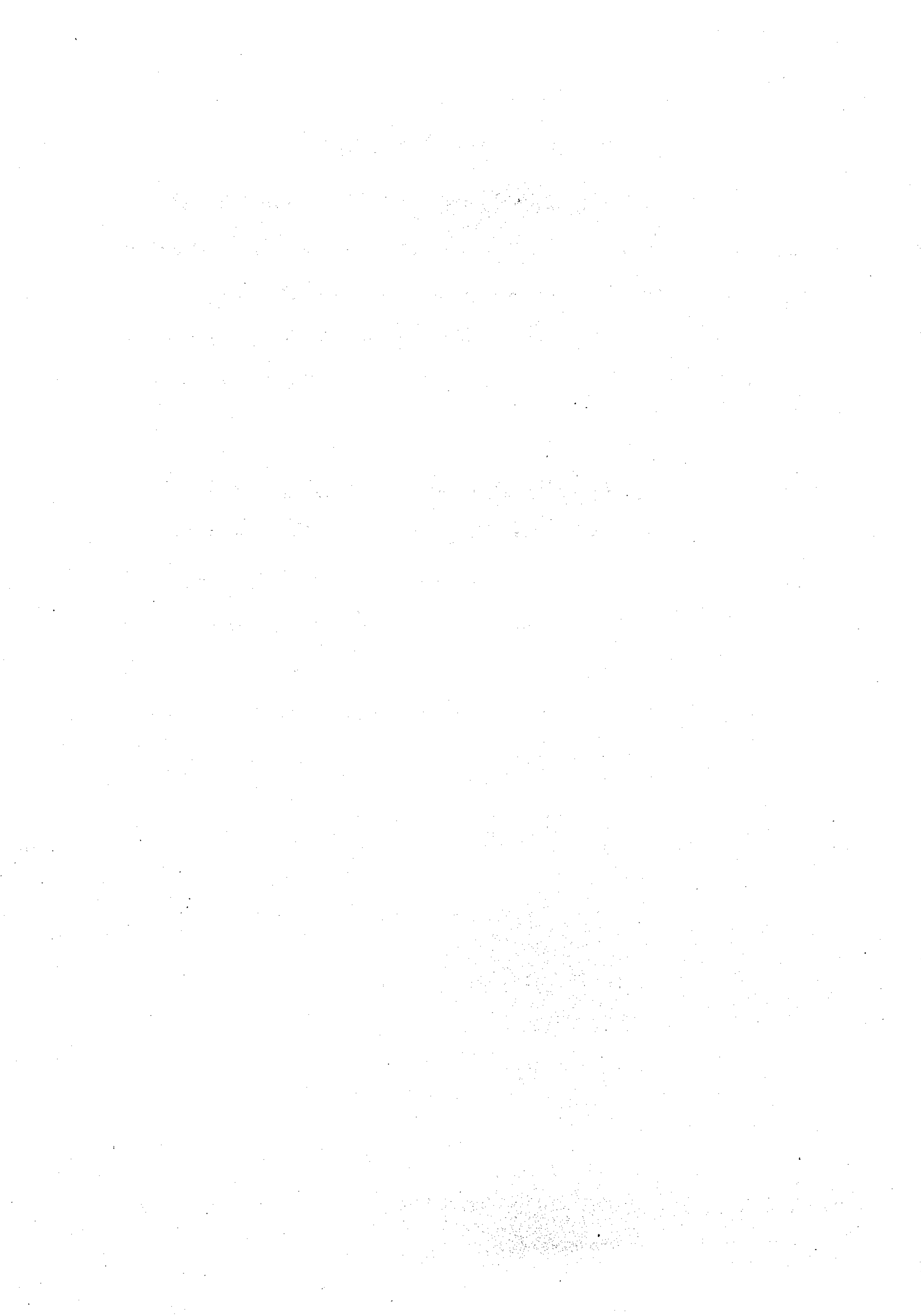
(٢) وهي جائز عن أحمد كذلك . وبهذا قال الثوري ، ومحمد بن الحسين ، وابن المنذر . وبه قال أبو حنيفة : انظر (المغني ١٤/٥) و (تحفة الفقهاء ١٤/٣) .

القول في أحكام الشركة الصحيحة

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة : أي لأحد الشريكين أن ينفصل من الشركة متى شاء ، وهي عقد موروث ، ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة إذا تقاربا في العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لأحد الشريكين أن يبضع وأن يقارض وأن يودع إذا دعت إلى ذلك ضرورة ، ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ، ولا أن يتصرف فيه إلا تصرفا يرى أنه نظر لهما .

فأما من قَصَّرَ في شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالاً من التجارة فلا يشهد وينكره القابض ، فإنه يضمن لأنه قصر إذ لم يُشْهِدْ ، وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء وإقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لا يجوز ، وتجوز إقالته وتوليته ، ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ، ولا يجوز للشريك المفاوض أن يقارض غيره إلا بإذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة ، وفروع هذا الباب كثيرة .

* * *



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الشفعة *

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين : **القسم الأول** : في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه . **القسم الثاني** : في أحكامه .

القسم الأول : فأما وجوب الحكم بالشفعة ، فالمسلمون متفقون عليه ، لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة ، إلا ما يتأمل على من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وأركانها أربعة : الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الأخذ بالشفعة .

الركن الأول : وهو الشافع ، ذهب مالك والشافعي ، وأهل المدينة إلى أن لا شفعة إلا للشريك ما لم يقاسم ، وقال أهل العراق : الشفعة مرتبة ، فأولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ، ثم الشريك المقاسم إذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ، ثم الجار الملاصق ، وقال أهل المدينة : لا شفعة

---

* أما تعريفها لغة ، فقال الحافظ في الفتح : الشفعة بضم المعجمة ، وسكون الفاء ، وغلط من حركها ، وهي مأخوذة من الشفع ، وهو الزوج ، وقيل من الزيادة . وقيل من الإعانة .
وشرعاً : هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه ، وهي ثابتة بالسنة والإجماع وقد ثبتت على خلاف الأصل ، لكن أثبتها الشرع لمصلحة راجحة . ولا تثبت إلا بشروط عند أحمد والشافعي :
الأول : أن يكون الملك مشاعاً غير مقسوم .
الثاني : أن يكون المبيع أرضاً ، لأنها هي التي تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها .
الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته ، فأما ما لا يمكن فلا .
الرابع : أن يكون شقصاً منتقلاً بعوض ، وأما المنتقل من غير عوض كالهبة ، والصدقة ، والوصية ، والإرث فلا .

للجار ولا للشريك المقاسم [١] .

وعمدة أهل المدينة : مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة » وحديث جابر أيضاً « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » خرجه مسلم والترمذي وأبو داود [٢] وكان أحمد بن حنبل يقول : حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أصح ما روي في الشفعة .

وكان ابن مَعِين يقول : مرسل مالك أحب إلي إذ كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفاً ، وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهيناً له ، وقد روي عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ، ووجه استدلالهم من هذا الأثر ما ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وذلك أنه لما كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم ، فهي أحرى أن لا تكون واجبة للجار ، وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم .

---

(١) الشفعة تكون في الملك المشاع غير المقسوم ، فأما الجار ، فلا شفعة له . وبه قال عمر ، وعثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، وأبو الزناد ، وربيعة ، والمغيرة بن عبد الرحمن ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأحمد ، وابن المنذر .

وقال ابن شبرمة ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وأبو حنيفة : الشفعة بالشركة ، ثم الشركة في الطريق ثم بالجوار . وقال أبو حنيفة : يقدم الشريك ، فإن لم يكن ، وكان الطريق مشتركاً ، كدرب ، لا ينفذ ، ثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب ، ثم الملاصق من درب آخر خاصة . انظر (المغني ٣٠٨/٥) و (نيل الأوطار ٣٧٣/٥) .

(٢) قال الحافظ : حديث جابر « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة » البخاري بهذا اللفظ من طريق أبي سلمة عنه ، ولمسلم نحوه من طريق أبي الزبير عن جابر . وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه : عندي أن من قوله (إذا وقعت إلى آخره) من قول جابر . والمرفوع منه إلى قوله « لم يقسم » وأعله الطحاوي بأن =

وعمدة أهل العراق حديث أبي رافع عن النبي ﷺ أنه قال : « الجار أحق بِصَقَبِهِ » [١] وهو حديث متفق عليه ، وخرَّج الترمذي وأبو داود عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « جار الدار أحق بدار الجار » [٢] وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم أيضاً أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة ، وكان هذا المعنى موجوداً في الجار وجب أن يلحق به ، ولأهل المدينة أن يقولوا : وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار .

وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه ، وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل

= الحفاظ من أصحاب مالك أرسلوه . ورد عليه بأنها ليست بعلة قادحة . ورواه الشافعي بلفظ « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، فلا شفعة » عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بهذا . ورواه مالك عن الزهري عن ابن المسيب مرسلاً ، وهو في الموطأ كذلك ، ووصله عن مالك ابن الماجشون ، وأبو عاصم ، وغيرهما بذكر أبي هريرة فيه ، ورواه ابن جريج ، وابن إسحق عن الزهري عن سعيد ، وأبي سلمة عن أبي هريرة وإنما كان ابن شهاب يرويه عن أبي سلمة عن جابر . وعن سعيد عن النبي ﷺ مرسلاً ، بيَّن ذلك البيهقي . ووصله الشافعي عن الزهري عن أبي سلمة عن جابر . انظر (التلخيص ٥٦/٣) .

(١) الحديث رواه البخاري ، وأحمد ، والنسائي ، وابن ماجة . انظر (منتقى الأخبار ٣٧٥/٥) .
و (سقبه) بفتح السين المهملة ، والقاف ، وبعدها باء موحدة ، ويقال (بالصاد) المهملة بدل السين المهملة ، ويجوز بفتح القاف ، وإسكانها ، وهو القرب ، والمجاورة .

(٢) حديث « جار الدار أحق بالدار » رواه أبو داود ، والترمذي ، وصححه ، وأحمد ، والطبراني ، والبيهقي ، لكن بزيادة « أحق بالدار ، والأرض ، ينتظر له ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » .
قال الزيلعي : هو مركب من حديثين ، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في « البيوع » والترمذي في « الأحكام » والنسائي في « الشروط » فأبو داود ، والنسائي عن شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة ، والترمذي عن إسماعيل ابن عُلَيّة عن سعيد عن قتادة به .
أما اللفظ الذي ذكره المؤلف ، فهو لفظ أحمد « جار الدار أحق بالدار من غيره » وبقية الحديث أخرجه أصحاب السنن . انظر (نصب الراية ١٧٢/٤) .

الدليل على التخصيص ، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب ، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ، ولكلا القولين سلف متقدم لأهل العراق من التابعين ، ولأهل المدينة من الصحابة .

* * *

الركن الثاني : وهو المشفوع فيه ، اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والأرضين كلها ، واختلفوا فيما سوى ذلك ، فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع : **أحدها** مقصود ، وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين . **والثاني** : ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبئر ومحال النخل ، ما دام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم . **والثالث** : ما تعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف ، وكذلك كراء الأرض للزرع وكتابة المكاتب .

واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا ، وأما ما عدا هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده ، وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار . واختلف عنه في أكرية الدور ، وفي المساقاة وفي الدَّيْنِ ، هل يكون الذي عليه الدين أحق به ؟ وكذلك الذي عليه الكتابة ، وبه قال عمر ابن عبد العزيز . وروي « أن رسول الله ﷺ قضى بالشفعة في الدَّيْنِ » [١] وبه قال أشهب من أصحاب مالك ، وقال ابن القاسم : لا شفعة في الدَّيْنِ .

---

(١) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ ، وإنما رأيت ما ذكره ابن حزم في المحلى فقال : « فإن ذكروا الخبر الذي فيه عن النبي ﷺ ، من ابتاع ديناً على رجل ، فصاحب الدين أولى » فهذا باطل ، لأنه عمن لم يسم عن عمر بن عبد العزيز عن النبي ﷺ . انظر (المحلى ١٠/١٥) .

ولم يختلفا في إيجابها في الكتابة لحرمة العتق .

وفقهاء الأمصار على أن لا شفعة إلا في العقار فقط . وحكي عن قوم أن الشفعة في البئر وفي كل شيء ما عدا المكيل والموزون ، ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل ، وأجازها في العرصة والطريق ، ووافق الشافعي مالكاً في العرصة وفي الطريق وفي البئر ، وخالفاه جميعاً في الثمار[١] .

وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ما ورد في الحديث الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » فكأنه قال : الشفعة فيما تمكن فيه القسمة ما دام لم يقسم ،

---

(١) الذي تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض : هو البناء ، والغراس ، يباع مع الأرض ، فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في مذهب أحمد ، قال ابن قدامة : ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً .

أما ما لا يثبت فيه الشفعة تبعاً ، ولا مفرداً ، فهو الزرع ، والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض ، فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل عند أحمد ، والشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله ، لأنه متصل بما فيه الشفعة ، فتثبت فيه الشفعة تبعاً ، كالبناء ، والغراس .

وللقول الأول : أنه لا يدخل في البيع تبعاً ، فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار . وعكسه البناء ، والغراس . انظر (المغني ٣١١/٥) أما ما لا يمكن قسمته من العقار ، كالحمام الصغير ، والرحى الصغيرة ، والعضادة (وهو ما يسد به الحوض ، والطريق) ، والطريق الضيقة ، والعراص (جمع عرصة ، وهي فناء البيت) الضيقة ، فعن أحمد روايتان :

الأولى : لا شفعة فيه . وبه قال يحي بن سعيد ، وربيعة ، والشافعي .

والثانية : فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، والثوري ، وابن سريج ، وعن مالك روايتان كاللتين تقدمتا .

أما الحمام الكبير الواسع بحيث إذا قسم ، لم يستضر بالقسمة ، وأمكن الانتفاع به حمامان ، فإن الشفعة تجب فيه ، وكذلك البئر ، والدور ، والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان ، فتجب فيه الشفعة عند أحمد . انظر (المغني ٣١٣/٥) وانظر (المهذب مع المجموع ٣٥٨/١٣) .

وعند أبي حنيفة يستوي في العقار الذي تجوز قسمته ، والذي لا تجوز قسمته كالحمام ، والرحى ، والبئر ، والنهر ، والدور الصغائر . انظر (تحفة الفقهاء ٦٩/٣) لمذهب أبي حنيفة .

وهذا استدلال بدليل الخطاب ، وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الأمصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به .

وأما عمدة من أجازها في كل شيء فما خرجه الترمذي عن ابن عباس « أن رسول الله ﷺ قال : الشريك شفيع في كل شيء »[١] ولأن معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء وإن كان في العقار أظهر ، ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العقار مجرى العقار . واستدل أبو حنيفة على منع الشفعة في البئر بما روي « لا شفعة في بئر »[٢] ومالك حمل هذا الأثر على آبار الصحارى التي تعمل في الأرض الموات ، لا التي تكون في أرض متملكة .

* * *

الركن الثالث : وأما المشفوع عليه فإنهم اتفقوا على أنه من انتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار . واختلفوا فيمن انتقل إليه الملك بغير شراء ، فالمشهور عند مالك أن الشفعة إنما تجب إذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وأرش الجنايات وغير ذلك ، وبه قال الشافعي ، وعنه رواية ثانية أنها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض ، كالهبة لغير الثواب والصدقة ، ما عدا الميراث فإنه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق .

وأما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط ، وعمدة الحنفية ظاهر الأحاديث وذلك أن مفهومها يقتضي أنها في المبيعات ، بل ذلك نص فيها لا في بعضها فلا يبع حتي يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل

---

(١) حديث « الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء » بهذا اللفظ رواه إسحق بن راهويه في مسنده ، والطحاوي في شرح الآثار عن ابن عباس . انظر (نصب الراية ١٧٧/٤) .

(٢) هذا أثر عن عثمان بلفظ « لا شفعة في بئر ، ولا فحل » ذكره ابن قدامة في المغني .

ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ، ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط .

وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي ، أما أبو حنيفة فلأن الشفعة عنده في المبيع ، وأما الشافعي فلأن هبة الثواب عنده باطلة ، وأما مالك ، فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة [١] .

واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أن الشفعة لا تجب حتى يجب البيع .

واختلفوا إذا كان الخيار للمشتري ؟ فقال الشافعي والكوفيون : الشفعة واجبة عليه لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه ، وقيل إن الشفعة غير واجبة عليه لأنه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك [٢] .

---

(١) يشترط للشفعة أن يكون المال شقصاً متنقلاً بعوض ، وأما المنتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب ، والصدقة ، والوصية ، والإرث ، فلا شفعة فيه عند عامة أهل العلم ، منهم مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي .
وحكي عن مالك رواية أخرى في المتنقل بهبة ، أو صدقة أن فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته ، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى . انظر (المغني ٣١٥/٥) .
مع ملاحظة أن الشفعة عند الحنفية في البيع ، أو ما في معناه من الصلح ، والهبة بشرط العوض ، إذا وجد قبض البدلين ، فأما إذا قبض أحدهما دون الآخر ، فلا شفعة . انظر (تحفة الفقهاء ٦٧/٣) . كذلك تجري الشفعة عند مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي حنيفة في كل عقد جرى مجرى البيع : كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم ، لكن أبا حنيفة يشترط فيها التقابض كما تقدم . انظر (المغني ٣١٥/٥) .

(٢) لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه عند أحمد ، سواء كان الخيار لهما ، أم لأحدهما وحده ، أيها كان . وقال أبو حنيفة : إن كان الخيار للبائع ، أو لهما ، لم تثبت الشفعة حتى ينقضي ، وإن كان الخيار للمشتري ، فقد انتقل الملك إليه ، ولا حق لغيره فيه ، وللشافعي قولان كالمذهبين . انظر (المغني ٣١٨/٥) و (المهذب مع المجموع ٣٦٥/١٣) ومعنى قول المؤلف « البائع قد صرم الشقص » أي البائع قد قطع النصيب .
الشقص : النصيب قليلاً ، أو كثيراً ، وهو بكسر الشين وكذلك الشقيص بزيادة الياء ، ويقال له كذلك الشرك بكسر الشين .

واختلف في الشفعة في المساقاة ، وهي تبديل أرض بأرض ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : الجواز ، والمنع ، والثالث أن تكون المناقلة بين الأشراك أو الأجانب فلم يرها في الأشراك ورآها في الأجانب .

* * *

الركن الرابع : في الأخذ بالشفعة والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع ، وكم يأخذ ، ومتى يأخذ ، فإنهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالاً ، واختلفوا إذا كان البيع إلى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن إلى ذلك الأجل ، أو يأخذ المبيع بالثمن حالاً ، وهو مخير ؟ فقال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان ملياً أو يأتي بضامن مليء ، وقال الشافعي : الشفيع مخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة وإلا تتأخر إلى وقت الأجل ، وهو نحو قول الكوفيين ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد لأنها قد دخلت في ضمان الأول قال : ومنا من يقول تبقى في يد الذي باعها ، فإن بلغ الأجل أخذها الشفيع [(١)] .

والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع ، فالمعلوم عنهم أنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص إن كان العوض مما ليس يتقدر ، مثل أن يكون معطى في خلع . وأما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلاً ولا موزوناً ، فإنه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه ، وإن كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك

---

(١) إذا كان الثمن مؤجلاً ، أخذه الشفيع بذلك الأجل ، إذا كان ملیئاً وإلا أقام ضميناً مليئاً ، وأخذه . هذا مذهب أحمد ، وبه قال مالك ، وعبد الحق ، وإسحق . وقال الثوري : لا يأخذها إلا بالنقد . وقال أبو حنيفة : لا يأخذها إلا بثمن حال ، أو ينتظر مضي الأجل ، ثم يأخذ . وعن الشافعي كمذهب أبي حنيفة ، لأنه يمكنه الأخذ بالمؤجل . وهو أظهر الأقوال للشافعي . ذكره النووي . انظر (الروضة ٥/٨٨) و (المغني ٥/٣٥٠) .

القدر ، مثل أن يدفع الشقص في مُوَضِّحة وجبت عليه أو مُنَقِّلة ، فإنه يأخذه بدية الموضِّحة أو المنقِّلة .

وأما كم يأخذ ؟ فإن الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر ، والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر ، فأما أن الشفيع واحد والمشفوع عليه واحد فلا خلاف في أن الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع ، وأما إذا كان المشفوع عليه واحداً والشفعاء أكثر من واحد فإنهم اختلفوا من ذلك في موضعين : أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم . **والثاني** : إذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا ؟ مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لأنهم أهل سهم واحد ، وبعضهم لأنهم عصبة .

* * *

فأما المسألة الأولى : وهي كيفية توزيع المشفوع فيه ، فإن مالكاً والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون : إن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم ، فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص بثلث الثمن ، ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع . وقال الكوفيون : هي على عدد الرؤوس على السواء ، وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الأكبر وذو الحظ الأصغر (١) .

---

(١) الصحيح من مذهب أحمد أن الشقص المشفوع ، إذا أخذه الشفعاء ، قسم بينهم على قدر أملاكهم ، اختاره أبو بكر من الحنابلة . وروي ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وعطاء . وبه قال مالك ، وسوار ، والعنبري ، وإسحق ، وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي . وعن أحمد رواية أنه يقسم بينهم على عدد رءوسهم . اختارها ابن عقيل من الحنابلة . وروي ذلك عن النخعي ، والشعبي . وبه قال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، والثوري ، وأبو حنيفة ، لأن كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع ، فإذا اجتمعوا ، تساووا كالبنين في الميراث ، وكالمعتقين في سرايا العتق .
وللقول الأول : أنه حق يستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك كالغلة . انظر (المجموع ٣٦٣/٥) و(الكافي ١٨٣/٢) لمذهب مالك . و(المهذب مع المجموع ٣٨٠/١٣) لمذهب الشافعي .

وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم ، فوجب أن يتوزع على مقدار الأصل ، أصله الأكرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الأموال ، وأيضاً فإن الشفعة إنما هي لإزالة الضرر ، والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء ، لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، فوجب أن يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة ، وعمدة الحنفية أن وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوفي ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك ، وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أن يقوم على المعتقين على السوية : أعني حظ من لم يعتق .

* * *

وأما المسألة الثانية : فإن الفقهاء اختلفوا في دخول الأشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الأشراك الذين شركتهم من قِبَلِ السهم الواحد فقال مالك : أهل السهم الواحد أحق بالشفعة إذا باع أحدهم من الأشراك معهم في المال من قِبَلِ التعصيب ، وأنه لا يدخل ذو العصبة في الشفعة على أهل السهام المقدرة ويدخل ذوو السهام على ذوي التعصيب ، مثل أن يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها ، فإن البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته أختها فقط دون ابني العم ، وإن باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني ، وبهذا القول قال ابن القاسم .

وقال أهل الكوفة : لا يدخل ذوو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوي السهام ، ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة ، وبه قال أشهب . وقال الشافعي في أحد قوليه : يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوي السهام ، وهو الذي اختاره المزني ، وبه قال المغيرة من

أصحاب مالك [١] . وعمدة مذهب الشافعي عموم قضائه ﷺ بالشفعة بين الشركاء ، ولم يفصل ذوي السهم من عَصَبَةٍ . ومن خصص ذوي السهام من العصبات فلأنه رأى الشركة مختلفة الأسباب : أعني بين ذوي السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الأسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها ـ الذي هو المال ـ بالقسمة بالأموال .

ومن أدخل ذوي السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوي السهام فهو استحسان على غير قياس ، ووجه الاستحسان أنه رأى أن ذوي السهام أقعد من العصبة . وأما إذا [٢] كان المشفوع عليهما اثنين فأكثر فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فقال ابن القاسم : إما أن يأخذ الكل أو يدع ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : له أن يشفع على أيهما أحب ، وبه قال أشهب ، فأما إذا باع رجلان شقصاً من رجل ، فأراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثاني ، فإن أبا حنيفة منع ذلك ، وجوزه الشافعي [٣] .

وأما إذا كان الشافعون أكثر من واحد ، أعني الأشراك ، فأراد بعضهم أن يشفع ويسلم له الباقي في البيوع ، فالجمهور على أن للمشتري أن يقول للشريك

---

(١) مثل ابن قدامة لهذه المسئلة : بأن ورث أخوان داراً ، أو اشترياها بينهما نصفين ، أو غير ذلك ، فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه ، فالشفعة بين أخيه ، وعمه عند أحمد . وبهذا قال أبو حنيفة ، والمزني ، والشافعي في الجديد ، وهو الصحيح . وقال في القديم : إن أخاه أحق بالشفعة . وبه قال مالك ، لأن أخاه أخص بالشركة من العم ، لاشتراكهما في سبب الملك . وللقول الأول : أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة ، فكانت بينهما ، كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد . انظر (المغني ٣٦٥/٥) وانظر (المهذب مع المجموع ٣٨١/١٣) لمذهب الشافعي . وبهذا يتبين أن ما نقله المؤلف لأحد قولي الشافعي ليس صحيحاً .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (وأما كان ..) والصواب ما أثبتناه .

(٣) وبقول الشافعي قال أحمد في هذه المسئلة . انظر (المغني ٣١٦/٥) .

إما أن تشفع في الجميع أو تترك ، وأنه ليس له أن يشفع بحسب حظه إلا أن يوافقه المشتري على ذلك ، وأنه ليس له أن يبعض الشفعة على المشتري إن لم يرض بتبعيضها . وقال أصبغ من أصحاب مالك : إن كان ترك بعضهم الأخذ بالشفعة رفقاً بالمشتري لم يكن للشفيع إلا أن يأخذ حصته فقط [١] . ولا خلاف في مذهب مالك أنه إذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً ، فأراد الحاضر أن يأخذ حصته فقط أنه ليس له ذلك ، إلا أن يأخذ الكل أو يدع ؛ فإذا قدم الغائب فإن شاء أخذ وإن شاء ترك [٢] ، واتفقوا على أن من شرط الأخذ بالشفعة أن تكون الشركة متقدمة على البيع . واختلفوا هل من شرطها أن تكون موجودة في حال البيع ، وأن تكون ثابتة قبل البيع ؟ .

فأما المسألة الأولى : وهي إذا لم يكن شريكاً في حال البيع ، وذلك يتصور بأن يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الأسباب التي لا يقطع له الأخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذي كان به شريكاً ، فروى أشهب أن قول مالك اختلف في ذلك ، فمرة قال : له الأخذ بالشفعة ، ومرة قال : ليس له ذلك ، واختار أشهب أنه لا شفعة له ، وهو قياس قول الشافعي والكوفيين ، لأن المقصود بالشفعة إنما هو إزالة الضرر من جهة الشركة ، وهذا ليس بشريك . وقال ابن القاسم : له الشفعة إذا كان قيامه في أثره ، لأنه يرى أن الحق الذي وجب له لم يرتفع ببيعه حظه .

* * *

(١) انظر هذه المسئلة (المغني ٣٦٦/٥) قال ابن قدامة نقلاً عن ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وهي أنه إذا كان الشقص بين شفعاء ، فترك بعضهم ، فليس للباقين إلا أخذ الجميع ، أو ترك الجميع ، وليس لهم أخذ البعض .

(٢) انظر في مسألة الغائب (المغني ٣٦٧/٥) ومذهب الشافعي ، وأحمد ، كمذهب مالك ، وبه قال الليث ، والثوري ، والأوزاعي ، والعنبري ، وأبو حنيفة ، وأكثر أهل العلم . وروي عن النخعي : ليس للغائب شفعة ، وبه قال الحارث العكلي ، والبتي إلا للغائب القريب .

وأما المسألة الثانية : فصورتها أن يستحق إنسان شقصاً في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما ، هل له أن يأخذ بالشفعة أم لا ؟ فقال قوم : له ذلك ، لأنه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ، ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن ، وقال قوم : لا تجب له الشفعة : لأنه إنما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق ، قالوا : ألا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشتري ؟ فأما مالك فقال : إن طال الزمان فلا شفعة ، وإن لم يطل ففيه الشفعة ، وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهل له الشفعة ؟ فإن الذي له الشفعة رجلان : حاضر أو غائب . فأما الغائب فأجمع العلماء على أن الغائب على شفعته ما لم يعلم ببيع شريكه .

واختلفوا إذا علم وهو غائب ، فقال قوم : تسقط شفعته ، وقال قوم : لا تسقط ، وهو مذهب مالك [1] والحجة له ما روي عن النبي ﷺ من حديث جابر أنه قال : « الجار أحق بصقبه » أو قال : « بشفعته ينتظر بها إذا كان غائباً » [2] وأيضاً فإن الغائب في الأكثر معوق عن الأخذ بالشفعة ،

---

(١) إذا علم الغائب بالبيع ، وقدر على الإشهاد ، وعلى المطالبة ، فلم يفعل ، فشفعته تسقط ، سواء قدر على التوكيل ، أم عجز ، أم سار عقيب العلم ، أم أقام ، هذا ظاهر مذهب أحمد في رواية أبي طالب ، وهو وجه للشافعي . والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد .

وقال القاضي من الحنابلة : إن سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد ، احتمل أن لا تبطل ، وهو قول أبي حنيفة ، والعنبري ، وقول للشافعي .

ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الإشهاد في سفره ، أن شفعته ، لا تسقط ، لأنه معذور في تركه ، فأشبه ما لو ترك الطلب لعذره ، أو لعدم العلم . انظر (المغني ٥/٢٣٢) .

(٢) الحديث رواه الخمسة إلا النسائي بلفظ « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها ، وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً » .

الحديث حسنه الترمذي ، وقال : ولا نعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك من أجل هذا الحديث ، وعبد الملك هو ثقة مأمون عند أهل الحديث . وقال الشافعي : نخاف ألا يكون محفوظاً ، وقال الترمذي : سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث ، فقال : لا أعلم رواه عن =

فوجب عذره . وعمدة الفريق الثاني أن سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه بإسقاطها .

وأما الحاضر ، فإن الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : هي واجبة له على الفور بشرط العلم وإمكان الطلب ، فإن علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته ، إلا أن أبا حنيفة قال : إن أشهد بالأخذ لم تبطل وإن تراخى .

وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع . واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبداً إلا أن يحدث المبتاع بناءً أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت ، فروي عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر

= عطاء غير عبد الملك تفرد به ، ويروى عن جابر خلاف هذا . قال ابن تيمية : وعبد المالك هذا ثقة مأمون ، ولكن قد أنكر عليه هذا الحديث . قال شعبة : سها فيه عبد الملك ، فإن روى حديثاً مثله ، طرحت حديثه ، ثم ترك شعبه التحديث عنه . وقال أحمد : هذا الحديث منكر . وقال ابن معين : لم يروه غير عبد الملك . وقد أنكروه عليه . قال الشوكاني : ويقوي ضعفه رواية جابر الصحيحة المشهورة ، ولا يخفى أنه لم يكن في شيء من كلام هؤلاء الحفاظ ما يقدح بمثله . وقد احتج مسلم في صحيحه بحديث عبد الملك بن أبي سليمان ، وأخرج له أحاديث ، واستشهد به البخاري ، لكن لم يخرجا هذا الحديث ..

قال ابن القيم : مفهوم حديث عبد الملك ، هو بعينه منطوق حديث أبي سلمة ، فأحدهما يصدق الآخر ، ويوافقه ، لا يعارضه ، ويناقضه ، وجابر روى اللفظين ، فالذي دل عليه حديث أبي سلمة عنه من إسقاط الشفعة عند تصريف الطرق ، وتمييز الحدود ، هو بعينه الذي دل عليه حديث عبد الملك عن عطاء عنه بمفهومه والذي دلّ عليه جديث عبد الملك بمنطوقه ، هو الذي دلت عليه سائر أحاديث جابر بمفهومها ، فتوافقت السنن بحمد الله ، وائتلفت ، وزال عنها ما يظن بها من التعارض . انظر (أعلام الموقعين ١٤٥/٢) وما بعدها و (نيل الأوطار ٣٧٧/٥) .

من سنة ، وقد قيل عنه أن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة [١] .

واحتج الشافعي بما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « الشفعة كَحَلّ العقال » [٢] وقد روي عن الشافعي أن أمدها ثلاثة أيام . وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئٍ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه ، وكان هذا أشبه بأصول الشافعي ، لأن عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل ، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه ، ولكنه فيما أحسب اعتمد الأثر . فهذا هو القول في أركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول في الأحكام .

* * *

---

(١) من قال إن الشفعة على الفور : ابن شبرمة ، والبتي ، والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والعنبري ، والشافعي في أحد قوليه ، والصحيح من مذهب أحمد ، نص عليه في رواية أبي طالب .
وحكي عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخي ، لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو ، أو مطالبة بقسمة . ونحو ذلك . وهذا قول مالك ، وقول الشافعي ، إلا أن مالكاً قال : تنقطع بمضي سنة ، وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ، لأن هذا الخيار ، لا ضرر في تراخيه ، فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ، وبيان عدم الضرر : أن النفع للمشتري باستغلال المبيع ، وإن أحدث فيه عمارة من غراس ، أو بناء ، فله قيمته .
وحكي عن ابن أبي ليلى ، والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام ، وهو قول الشافعي ، لأن الثلاث ، حد بها خيار الشرط . فصلحت حداً لهذا الخيار .
وللقول الأول : قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة كحل العقال » انظر (المغني ٥/٣٢٤) وانظر (الكافي ٢/١٨٥) لمذهب مالك .

(٢) قال الحافظ : حديث « الشفعة كحل العقال » رواه ابن ماجة ، والبزار من حديث ابن عمر بلفظ « لا شفعة لغائب ، ولا لصغير ، والشفعة كحل العقال » وإسناده ضعيف جداً ، وقال البزار في رواية : محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني مناكيره كثيرة . وأورده ابن عدي في ترجمة محمد بن الحارث ، روايته عن ابن البيلماني ، وحكى تضعيفه ، وتضعيف شيخه . وقال ابن حبان : لا أصل له ، وقال أبو زرعة : منكر . وقال البيهقي : ليس بثابت ، انظر (التلخيص ٣/٥٦) .

القسم الثاني

القول في أحكام الشفعة

وهذه الأحكام كثيرة ، ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الأمصار ، فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة ، فذهب الكوفيون إلى أنه لا يورث كما أنه لا يباع ، وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز إلى أنها موروثة قياساً على الأموال وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب [١] .

ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع ، فقال مالك والشافعي : هي على المشتري ، وقال ابن أبي ليلى : هي على البائع [٢] وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري

القسم الثاني : القول في أحكام الشفعة

(١) من قال الشفعة تورث : الشافعي ، ومالك ، والعنبري ، وقال أحمد : إن مات قبل الطلب بها ، فإنها تسقط كالحد إذا مات المقذوف ، والخيار ، إذا مات الذي اشترط الخيار ، فإن أشهد على حقه قبل موته . كان لوارثه الطلب . وروي سقوطه بالموت عن الحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي ، وبه قال الثوري ، وإسحق ، وأبو حنيفة . انظر (المغني ٣٧٥/٥) .

(٢) إذا أخذ الشفيع الشقص ، فظهر مستحقاً ، فرجوعه بالثمن على المشتري ، ويرجع المشتري على البائع ، وإن وجده معيباً ، فله رده على المشتري ، أو أخذ أرشه منه ، والمشتري يرد على البائع ، أو يأخذ الأرش منه ، سواء قبض الشقص من المشتري ، أم من البائع . هذا مذهب الشافعي ، وأحمد ، وقال ابن أبي ليلى ، وعثمان البتي : عهدة الشفيع على البائع ، لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع ، فكان رجوعه عليه ، كالمشتري . وقال أبو حنيفة : إن أخذه من المشتري ، فالعهدة عليه ، وإن أخذه من البائع ، فالعهدة عليه ، لأن الشفيع ، إذا أخذه من البائع ، تعذر قبض المشتري ، فينفسخ البيع بين البائع ، والمشتري : فكان الشفيع آخذاً من البائع مالكاً من جهته ، فكانت عهدته عليه .

وللقول الأول : أن الشفعة مستحقة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن ، فكانت العهدة عليه ، كما لو أخذه منه ببيع ، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن ، فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول . انظر (المغني ٣٧٣/٥) و (المجموع ٤٠٥/١٣) .

وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة .

وعمدة الفريق الآخر أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع ، فَطُرُوُّها على البيع فسخ له وعقد لها . وأجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة من رأى أنها بيع ، ومن رأى أنها فسخ ـ أعني الإقالة ـ واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع في الإقالة ؟ فقال ابن القاسم : على المشتري ، وقال أشهب : هو مخير .

ومنها اختلافهم إذا أحدث المشتري بناءً أو غرساً أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع بطلب شفعته ، فقال مالك : لا شفعة إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : هو متعد وللشفيع أن يعطيه قيمة بنائه مقلوعاً أو يأخذه بنقضه (١) .

والسبب في اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين

---

(١) إذا بنى المشتري ، أو غرس في الأرض ، وجاء الشفيع يطالب بذلك ، فللمشتري قلع غرسه ، وبنائه ، إن اختار ذلك ، لأنه ملكه ، فإذا قلعه ، فليس عليه تسوية الحفر ، ولا نقص الأرض عند أحمد ذكره القاضي من الحنابلة ، وهو مذهب الشافعي .

وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ، لأنه اشترط في قلع الغرس ، والبناء عدم الضرر . فإن لم يختر المشتري القلع ، فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء : ترك الشفعة ، وبين دفع قيمة الغراس ، والبناء . فيملكه مع الأرض ، وبين قلع الغرس ، والبناء ، ويضمن له ما نقص بالقلع . بهذا قال الشعبي ، والأوزاعي ، وابن أبي ليلى ، ومالك ، والليث ، والشافعي ، وأحمد ، والبتي ، وسوار ، وإسحق .

وقال حماد بن أبي سليمان ، والثوري ، وأبو حنيفة : يكلّف المشتري القلع ، ولا شيء له ، لأنه بنى فيما استحق غيره أخذه ، فأشبه الغاصب ، ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه ، فأشبه ما لو بانت مستحقة .

وللقول الأول : قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ، ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك . انظر (المغني ٣٤٤/٥) وانظر (المهذب مع المجموع ٣٩١/١٣) وانظر (تحفة الفقهاء ٨٤/٣) لمذهب أبي حنيفة .

وما ذكره المؤلف من مذهب الشافعي ، فإنما هو مذهب المزني من الشافعي . ومذهب الشافعي ما ذكرناه . فتأمل ذلك . انظر (المجموع ٣٩٢/١٣) .

شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بني في الأرض وغرس ، وذلك أنه وسط بينهما ، فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدي قال : له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضاً .

ومنها اختلافهم إذا اختلف المشتري والشفيع في مبلغ الثمن ، فقال المشتري : اشتريت الشقص بكذا ، وقال الشفيع : بل اشتريته بأقل ، ولم يكن لواحد منهما بينة ، فقال جمهور الفقهاء : القول قول المشتري ، لأن الشفيع مدَّعٍ والمشفوع عليه مدعىً عليه . وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا : القول قول الشفيع ، لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به [1] . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسألة ، فقال ابن القاسم : القول قول المشتري إذا أتى بما يشبه باليمين ، فإن أتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع . وقال أشهب : إذا أتى بما يشبه فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين .

وحكي عن مالك أنه قال : إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه يزيد في الثمن قُبِلَ قول المشتري بغير يمين ، وقيل إذا أتى المشتري بما لا يشبه رُدَّ الشفيع إلى القيمة ، وكذلك فيما أحسب إذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا إذا أتى كل واحد ببينة وتساوت العدالة فقال ابن القاسم : يسقطان معاً ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه . وقال أشهب : البينة بينة المشتري لأنها زادت علماً .

(١) وإن اختلف المشتري ، والشفيع في الثمن ، فقال المشتري : اشتريته بمائة ، وقال الشفيع : بل بخمسين ، فالقول قول المشتري مع يمينه عند الشافعي ، وأحمد ، وإن أقام كل منهما بينة ، احتمل تعارضهما ، لأنها يتنازعان فيما وقع عليه العقد ، فيصيران كمن لا بينة لهما .
وذكر الشريف من الحنابلة أن البينة بينة الشفيع ، ويقتضيه مذهب الخرقي من الحنابلة ، وهذا قول أبي حنيفة . وقال صاحباه : البينة بينة المشتري . انظر (المغني ٣٥٦/٥) و (المهذب مع المجموع ٤٠٠/١٣) .

بسم الله الرحمن الرحيمً .. وصلى الله على سيدنا محمد واله
وصحبه وسلم تسليا

كتاب القسمة *

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ وإذا حَضَرَ القِسْمَةَ أولُوا القُرْبى ﴾ [١] وقوله : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أوْ كَثُرَ ، نَصِيْباً مَفْرُوضاً ﴾ [٢] وقول رسول الله ﷺ : « أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قَسْمِ الجاهلية وأيما دار أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام » [٣] . والنظر في هذا الكتاب في القاسم والمقسوم عليه والقسمة ، والنظر في القسمة في أبواب :

الباب الأول : في أنواع القسمة ، **الثاني** : في تعيين محل نوع نوع من أنواعها : أعني ما يقبل القسمة وما لا يقبلها ، وصفة القسمة فيها وشروطها أعني فيما يقبل القسمة ، **الثالث** : في معرفة أحكامها .

---

* القسمة عند أحمد إفراز حق ، وتمييز أحد النصيبين من الآخر ، وليست بيعاً ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر : هي بيع . وحكي عن أبي عبد الله ابن بطة . لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر . وهذه حقيقة البيع .
وللقول الأول : أنها لا تفتقر إلى لفظ التمليك ، ولا تجب فيها الشفعة ، ويدخلها الإجبار ، وتلزم بإخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شيء من ذلك . انظر (المغني ١١٤/٩) .

(١) النساء : ٨ .

(٢) النساء : ٧ .

(٣) رواه مالك بلفظ « أيما دار ، أو أرض قسمت في الجاهلية ، فهي على قسم الجاهلية ، وأيما دار ، أو أرض أدركها الإسلام ، ولم تقسم فهي على قسم الإسلام » قال أبو عمر : تفرد بوصله إبراهيم بن طهمان - وهو ثقة - عن مالك عن ثور عن عكرمة عن ابن عباس . انظر (الموطأ ٧٤٧/٢) .

الباب الأول

في أنواع القسمة

والنظر في القسمة ينقسم أولاً إلى قسمين : قسمة رقاب الأموال . والثاني : منافع الرقاب .

القسم الأول من هذا الباب : فأما قسمة الرقاب التي لا تكال ولا توزن ، فتنقسم بالجملة إلى ثلاثة أقسام : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

القسم الثاني : وأما الرقاب ، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام : ما لا ينقل ولايحول ، وهي الرباع والأصول . وما ينقل ويحول ، وهذان قسمان : إما غير مكيل ولا موزون ، وهو الحيوان والعروض ، وإما مكيل أو موزون . ففي هذا الباب ثلاثة فصول : **الأول :** في الرباع . **والثاني :** في العروض . **والثالث :** في المكيل والموزون .

الفصل الأول

في الرباع

فأما الرباع [١] والأصول ، فيجوز أن تقسم بالتراضي وبالسهمة إذا عدلت بالقيمة ، اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقاً مجملاً ، وإن كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه ، والقسمة لا تخلو أن تكون في محل واحد أو في محال كثيرة ، فإذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها إذا انقسمت إلى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الأجزاء بالانقسام ، ويجبر الشركاء على ذلك .

وأما إذا انقسمت إلى ما لا منفعة فيه ، فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك : إنها تنقسم بينهم إذا دعا أحدهم إلى ذلك ولو لم يصر لواحد منهم إلا ما لا منفعة فيه مثل قدر القدم [٢] ، وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي [٣] . وعمدتهم في ذلك قوله

---

(١) الرباع جمع رَبْع : وهو العقار من الدور ، ونحوها .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » و« دار الفكر » و« دار المعرفة » (قدر القدم) وفي نسخة « المكتبة التجارية » (قدر القدر) والصواب الأول ، ومعناه : مقدار القدم .

(٣) اختلفوا في الضرر المانع من القسمة . ففي قول الخرقي من الحنابلة : هو ما لا يمكن الانتفاع به لأحدهما بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع مع الشركة : كأن تكون بينهما دار صغيرة . إذا قسمت ، فإنه لا ينتفع بها مفرداً ، لم يجبر على القمسة .

وعن أحمد رواية أخرى : أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة ، سواء انتفعوا به مقسوماً ، أولم ينتفعوا . قال القاضي من الحنابلة : هذا ظاهر كلام أحمد في رواية الميموني ، وهذا ظاهر كلام الشافعي .

فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر كرجلين لهما دار ، لأحدهما ثلثاها ، وللثاني الثلث ، فإذا قسماها ، استضر صاحب الثلث ، لم يجبر الآخر صاحب الثلث عليها ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل . ذكره أبو الخطاب ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وأبي ثور ، وقال القاضي من الحنابلة : يجبر الآخر عليها ، وهو قول الشافعي ، وأهل العراق . انظر (المغني ١١٧/٩) .

=

تعالى : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيباً مَفْرُوضاً ﴾ [١] وقال ابن القاسم : لا يقسم إلا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قِبَلِ القسمة ، وإن كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن .

وقال ابن الماجشون : يقسم إذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به ، وإن كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك أو كانت أقل .

وقال مطرف من أصحابه : إن لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وإن صار في حظ بعضهم ما ينتفع به ، وفي حظ بعضهم ما لا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير ، وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ، ولا يجبر إن دعا صاحب النصيب الكثير ، وقيل بعكس هذا وهو ضعيف . واختلفوا من هذا الباب فيما إذا قسم انتقلت منفعته إلى منفعة أخرى مثل الحمام . فقال مالك : يقسم إذا طلب ذلك أحد الشريكين ، وبه قال أشهب ، وقال ابن القاسم : لا يقسم ، وهو قول الشافعي . فعمدة من منع القسمة قوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » [٢] وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى : ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ

= أما مذهب أبي حنيفة : إن كانت القسمة من القاضي ، فإن كان في القسمة منفعة لهم ، فإنه يقسم ، وإن كان فيه ضرر ، أو لا حاجة لهم إلى ذلك ، فإنه لا يفعل ، وإن تراضيا عليه كالحمام المشترك بين اثنين .. ولو قسما بأنفسهما جاز . انظر (تحفة الفقهاء ٤٧٢/٣) لمذهب أبي حنيفة .

ومذهب الشافعي كمذهب أبي حنيفة ، وأحمد . انظر (تحفة المحتاج بشرح المنهاج ١٩٨/١٠) وانظر (المهذب مع المجموع ٢٢٢/١٩) وبهذا يتضح أن مذهب أبي حنيفة ، والشافعي يخالف مذهب مالك . ليس كما ذكره المؤلف .

(١) النساء آية ٧ .

(٢) حديث « لا ضرر ، ولا ضرار » رواه ابن ماجة ، والدارقطني من حديث أبي سعيد ، ورواه مالك مرسلاً . انظر (التلخيص ١٩٨/٤) .

نَصِيباً مَفْروضاً ﴾ ومُن الحجة لمن لم ير القسمة : حديث جابر عن أبيه « لا تعضية على أهل الميراث إلا ما حمل القسم » والتعضية : التفرقة ، يقول : لا قسمة بينهم .

وأما إذا كان الرباع أكثر من واحد فإنها لا تخلو أيضاً أن تكون من نوع واحد أو مختلفة الأنواع ، فإذا كانت متفقة الأنواع فإن فقهاء الأمصار في ذلك مختلفون ، فقال مالك : إذا كانت متفقة الأنواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : بل يقسم كل عقار على حِدَتِهِ [١] فعمدة مالك أنه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة . وعمدة الفريق الثاني أن كل عقار تعينه بنفسه لأنه تتعلق به الشفعة .

واختلف أصحاب مالك إذا اختلفت الأنواع في النَّفَاق وإن تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال ، وأما إذا كانت الرباع مختلفة مثل أن يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض ، فلا خلاف أنه لا يجمع في القسمة بالسهمة . ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة أن لا تقسم مع الثمرة إذا بدأ صلاحها باتفاق في المذهب ، لأنه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤوس الثمر ، وذلك مزابنة .

وأما قسمتها قبل بُدُوّ الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك : أما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الإبّار بحال من الأحوال ، ويعتل لذلك لأنه يؤدي إلى بيع طعام بطعام متفاضلاً ، ولذلك زعم أنه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقداً ، وأما إن كان بعد الإبّار ، فإنه لا يجوز عنده إلا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر أن ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة ، وما لم يدخل في نصيبه فهم فيه على الشركة . والعلة في ذلك عنده أنه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الإبّار ولا يجوز قبل الإبار ،

---

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ١٩١/٢) .

فكأن أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر .

وصفة القسم بالقرعة : أن تقسم الفريضة وتحقق وتضرب إن كان في سهامهم كسر إلى أن تصح السهام ، ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ، ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة ، فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضع آخر على قيم الأرضين ومواضعها ، فإذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق أسماء الأشراك وأسماء الجهات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، وقيل يرمى بالأسماء في الجهات ، فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها ، فإن كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه ، فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب .

والسهمة إنما جعلها الفقهاء في القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين ، وهي موجودة في الشرع في مواضع : منها قوله تعالى : ﴿ فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾ (١) وقوله : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ (٢) ومن ذلك الأثر الثابت الذي جاء فيه : « أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق ثلث ذلك الرقيق » (٣) .

وأما القسمة بالتراضي سواء أكانت بعد تعديل وتقويم ، أو بغير تقويم وتعديل ، فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لأنه بيع من البيوع ، وإنما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

* * *

(١) الصافات آية ١٤١ .

(٢) آل عمران آية ٤٤ .

(٣) رواه مسلم . انظر (التلخيص ٤/٢١٣) .

الفصل الثاني

في العروض

وأما الحيوان والعروض ، فاتفق الفقهاء على أنه لا يجوز قسمة واحد منها للفساد الداخل في ذلك . واختلفوا إذا تشاحّ الشريكان في العين الواحدة منها ، ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع ، وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه ، فقال مالك وأصحابه : يجبر على ذلك ، فإن أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التي أُعْطِي فيها أخذه ، وقال أهل الظاهر : لا يجبر ، لأن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع . وحجة مالك أن في ترك الإجبار ضرراً ، وهذا من باب القياس المرسل ، وقد قلنا في غير ما موضع إنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ، ولكنه كالضروري في بعض الأشياء .

وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد ، فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي ، واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة ، فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون . واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمة من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض .

وأما ابن القاسم فاضطرب ، فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما لا يجوز تسليم بعضه في بعض ، فجعل القسمة أخف من السلم ، ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم ، وقد قيل إن مذهبه أن القسمة في ذلك أخف ، وأن مسائله التي يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني . وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخَزِّ والحرير والقطن والكتان .

وأجاز أشهب جمع صنـفين في القسْمة بالسهمـة مع التراضي ، وذلـك ضعيف لأن الغرر لا يجوز بالتراضي .

* * *

الفصل الثالث

في معرفة أحكامها

فـأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة بـاتفـاق إلا مـا حكى اللخمي ، والمكيل أيضـاً لا يخلو أن يكـون صبرة واحـدة أو صبرتين فـزائـداً ، فـإن كان صنفاً واحد ، فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن إذا دعا إلى ذلـك أحـد الشريكين ، ولا خـلاف في جـواز قسمتـه على التراضي على التفضيل البَيِّن كان ذلـك من الربوي أو من غير الربـوي : أعني الـذي لايجـوز فيه التفـاضل ، ويجوز ذلـك بـالكيل المعلوم والمجهول، ولا يجوز قسمتـه جزافـاً بغير كيل ولا وزن .

وأما إن كانت قسمته تحرِّياً ، فقيل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ، ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحرياً ، وأما إن لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين ، فإن كان ذلك مما لا يجوز فيـه التفـاضل فـلا تجـوز قسمتهـا على جهـة الجمع إلا بـالكيـل المعلـوم فيما يكال ، وبـالـوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن ، لأنه إذا كان بمكيـال مجهول لم يدر كم يحصل فيـه من الصنَف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم ، وهذا كلـه على مـذهب مالك ، لأن أصل مذهبه أنـه يحرم التفـاضل في الصنفين إذا تقـاربت منـافعهما مثل القمح والشعير ، وأمـا إن كان ممـا يجوز فيـه التفـاضل فيجوز قسمتـه على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفـة : أعني على جهة الجمع وإن كانا صنفين ، وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا .

وأمـا في واجب الحكم فـلا تنقسم كل صبرة إلا على حـدة ، وإذا قسمت كل صبرة على حدة جـازت قسمتهـا بـالمكيـال المعلوم والمجهول ، فهـذا كلـه هو حكم القسمة التي تكون في الرقاب .

* * *

القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع

فأما قسمة المنافع ، فإنها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباها ، ولا تكون القرعة على قسمة المنافع . وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أنه يجبر على قسمة المنافع ، وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهايأة [١] ، وذلك إما بالأزمان وإما بالأعيان . أما قسمة المنافع بالأزمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . وأما قسم الأعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة .

وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التي تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الأرض ، وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول ، أو لا ينقل ولا يحول . فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة ، وذلك في الاغتلال والانتفاع . وأما فيما لا ينقل ولا يحول ، فيجوز في المدة البعيدة والأجل البعيد ، وذلك في الاغتلال والانتفاع . واختلفوا في المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول في الاغتلال فقيل : اليوم الواحد ونحوه ، وقيل : لا يجوز ذلك في الدابة والعبد .

---

(١) المهايأة : هي أن تكون العين في يد أحدهما مدة ، ثم في يد الآخر مثل ذلك .
والمهايأة جائزة عند أبي حنيفة ، وعند الشافعي من حيث المكان بأن كانت داراً كبيرة يسكن أحدهما ناحية ، والآخر ناحية ، ولا يشترط فيها بيان المدة .
أما من حيث الزمان بأن كانت داراً صغيرة يسكن أحدهما شهراً ، والآخر شهراً كل ذلك جائز عند أبي حنيفة ، والشافعي . انظر (المهذب مع المجموع ٢٣٦/١٩) و (تحفة الفقهاء ٤٨٠/٣) وعند الشافعي إذا امتنع أحدهما عن ذلك ، فلا يجبر على المذهب وهو مذهب أحمد . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجبر ، لأن في الامتناع منه ضرراً ، فينتفي بقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ، ولا ضرار » ووافق أبو حنيفة الشافعي ، وأحمد في العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة . وللشافعي ، وأحمد : أن المهايأة معاوضة ، فلا يجبر عليها كالبيع . انظر (المغني ١٣٠/٩) .

وأما الاستخدام فقيل يجوز في مثل الخمسة الأيام ، وقيل في الشهر وأكثر من الشهر قليلاً . وأما التهايؤ في الأعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان ، وهذا داراً تلك المدة بعينها ، فقيل يجوز في سكني الدار وزراعة الأرضين ، ولا يجوز ذلك في الغلة والكراء إلا في الزمان اليسير ، وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالأزمان ، وكذلك القول في استخدام العبد والدواب يجري القول فيه على الاختلاف في قسمتها بالزمان .

فهذا هو القول في أنواع القسمة في الرقاب ، وفي المنافع وفي الشروط المصححة والمفسدة . وبقي من هذا الكتاب القول في الأحكام .

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارئ عليها . والطوارئ ثلاثة : غَبْنٌ ، أو وجود عيب ، أو إستحقاق . فأما الغبن فلا يوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب الا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع ، فيلزم على مذهبه أن يُؤَثِّرَ في القسمة .

وأما الرد بالعيب ، فإنه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جُلِّ نصيبه أو في أقله ، فإن وجده في جل نصيبه ، فإنه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد فات أو لم يفت ، فإن كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه ، وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها ، وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الأقل على أصل الشركة فقط ، سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت ، ورجع على شريكه بنصف قيمة الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يده وإن كان قائماً بالعيب . وقال أشهب : والذي يفيت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبد العزيز بن الماجشون : وجود العيب

يفسخ القسمة التي بـالقرعـة ولا يفسخ التي بـالتراضي ، لأن التي بـالتراضي هي بيع .

وأمـا التي بـالقرعـة فهي تمييز حق ، وإذا فسخت بـالغبن وجب إن تفسـخ بـالرد بـالعيب . وحكم الاستحقـاق عنـد ابن القـاسم حكم وجود العيب أن كان المستحق كثيراً وحظ الشريـك لم يفت رجع معـه شريكاً فيما في يـديـه ، وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يـديـه ، وإن كان يسيراً رجع عليـه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقـال محمـد : إذا استحق مـا في يـد أحـدهمـا بطلت القسمة في قسمة القرعة ، لأنـه قـد تبين أن القسمـة لم تقع على عـدل كقول ابن الماجشون في العيب . وأما إذا طرأ أعلى المال حق فيه مثل طوارىء الـدَّيْنِ على التركة بعد القسمة أو طروِّ الوصية أو طروٌ وارث ، فإن أصحاب مالك اختلفوا في ذلك .

فأما إن طرأ الـدَّيْنِ قيل في المشهور في المـذهب وهو قول ابن القـاسم : إن القسمـة تنتقض إلا أن يتفق الورثـة على أن يعطوا الـدَّيْنَ مِنْ عنـدهم ، وسواء أكانت حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن ، هلكت بأمر من السماء أو لم تهلك . وقد قيل أيضاً إن القسمة إنما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بـأمر من السماء ، وأما من هلك حظه بـأمر من السماء فلا يرجع هو على الورثـة بما بقي بأيديهم بعد أداء الـدَّيْنِ ، وقيل بل تنتقض القسمـة ولابـد لحق الله تعـالى لقولـه : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [1] وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطي منه ما ينوي به من الـدين ، وهكـذا الحكم في طروِّ الموصَى لـه على الورثة .

وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حـظ كل واحـد

---

(١) سورة النساء آية ١١ .

منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه إن كان ذلك مكيلاً أو موزوناً وإن كان حيواناً أو عروضاً انتقضت القسمة . وهل يضمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه ؟ فقيل يضمن ، وقيل لا يضمن .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الرهون *

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ (١) والنظر في هذا الكتاب في الأركان وفي الشروط وفي الأحكام ، والأركان هي النظر في الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

الركن الأول : فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد ، والوصي يرهن لمن يلي النظر عليه إذا كان ذلك سداداً ودعت إليه الضرورة عند مالك ، وقال الشافعي : يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك . قال سحنون : فإن ارتهن في مال أسلفه لم يجز ، وبه قال الشافعي . واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنه ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، واختلف قول مالك في الذي أحاط الدين (٢) بماله هل يجوز رهنه ؟ أعني هل يلزم أم لا يلزم ؟ فالمشهور عنه أنه يجوز ، أعني

---

* الرهن في اللغة : الثبوت ، والدوام ، يقال : ماء راهن ، أي راكد ، ونعمة راهنة ، أي ثابتة دائماً . وقيل : هو من الحبس قال تعالى : ﴿ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ ﴾ وقال : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ .

وقال الشاعر :

وفارقتْكَ برهنٍ لافكاك له ... يوم الوداع ، فأضحى الرهن قد غلقا

أما تعريفه شرعاً : فهو « المال الذي يجعل وثيقة بالدَّيْنِ ، ليستوفى منه ثمنه ، إن تعذر استفاؤه ممن هو عليه » . وهو جائز بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

(١) البقرة آية ٢٨٣ .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (أحاط المدين) والصواب (الدين) .

قبل أن يفلس ، والخلاف آيل إلى هل المفلس محجور عليه أم لا ؟ وكل من صح أن يكون راهناً صح أن يكون مرتهناً[1] .

* * *

الركن الثاني : وهو الرهن ، وقالت الشافعية : يصح بثلاثة شروط : الأول : أن يكون عيناً ، فإنه لا يجوز أن يرهن الدَّيْن . الثاني : أن لا يمتنع إثبات يد الراهن على المرتهن عليه كالمصحف ، ومالك يجيز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن ، والخلاف مبني على البيع . الثالث : أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل ، ويجوز عند مالك أن يرتهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في أداء الدين إلا إذا بدا صلاحه وإن حل أجل الدين ، وعن الشافعي قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ، ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع ، قال أبو حامد . والأصح جوازه[2] ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم إذا

---

(١) انظر لمذهب الشافعي في جواز رهن المكاتب ، والمأذون (الروضة ٦٤/٤) .

ومذهب أحمد الصحيح أنه لا يصح رهن المكاتب ، لأن استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح . وقال القاضي من الحنابلة : قياس المذهب : صحة رهنه . انظر (المغني ٣٧٦/٤) .

وانظر (المغني ٣٦٤/٤) لمذهب أحمد في عدم صحة رهن المفلس .

(٢) شروط المرهون عند الشافعي :

الأول : أن يكون عيناً ، فلا يصح رهن المنفعة بأن يرهنه سكنى الدار مدة ، ولا يصح رهن الدين على الأصح .

الثاني : مختلف فيه ، وهو صلاحية المرتهن ، لثبوت اليد عليه ، فإن رهن عبداً مسلماً ، أو مصحفاً عند كافر ، أو السلاح عند حربي ، أو جارية حسناء عند أجنبي ، صح على المذهب في جميعها .

الثالث : كون العين قابلة للبيع عند حلول الدين ، فلا يصح رهن أم الولد ، والمكاتب ، والوقف ، وسائر ما لا يصح بيعه . انظر (الروضة ٣٨/٤) .

ولا يصح رهن المصحف عند أحمد في رواية نقل الجماعة ، والثانية : يصح رهنه ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأبي حنيفة .

طبع عليها ، وليس من شرط الرهن أن يكون ملكاً للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي ، بل قد يجوز عندهما أن يكون مستعاراً [١] .

واتفقوا على أن من شرطه أن يكون إقراره في يد المرتهن من قِبَلِ الراهن . واختلفوا إذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه في يده رهناً ، فقال مالك : يصح أن ينقل الشيء المغصوب من ضمان الغصب إلى ضمان الرهن ، فيجعل المغصوب منه الشيء المغصوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي : لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب إلا أن يقبضه [٢] .

واختلفوا في رهن المشاع ، فمنعه أبو حنيفة وأجازه مالك والشافعي [٣] والسبب في الخلاف : هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن ؟

* * *

الركن الثالث : وهو الشيء المرهون فيه ، وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز أن يؤخذ الرهن في جميع الأثمان الواقعة في جميع البيوعات إلا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة ، وذلك لأن الصرف من شرطه التقابض .

= أما رهن الثمر قبل بدو صلاحها ، فلا يصح عند الشافعي ، وهو المنصوص عنه ، وهي رواية عن أحمد . وعنه رواية أنه يجوز ، لأن الغرر يقل فيه ، وهو اختيار القاضي من الحنابلة . انظر (المغني ٣٨٠/٤) .

(١) يجوز أن يستعير شيئاً ، ليرهنه ، وهو مذهب أحمد . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل ، إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ، ففعل ، أن ذلك جائز (المصدر السابق) .

(٢) إذا رهن المضمون كالمغصوب ، والعارية ، والمقبوض في بيع فاسد ، صح ، وزال الضمان عند أحمد . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يزول الضمان ، ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتاً فيه ، يبقى بحاله . انظر (المغني ٣٧١/٤) وانظر (الروضة ٦٨/٤) لمذهب الشافعي .

(٣) انظر جواز رهن المشاع عند الشافعي (الروضة ٣٩/٤) وهو مذهب أحمد . انظر (المغني ٣٧٤/٤) ولا يصح عند أبي حنيفة . انظر (تحفة الفقهاء ٥٤/٣) .

فلا يجوز فيه عقدة الرهن ، وكذلك رأس مال السَّلَم وإن كان عنده دون الصرف في هذا المعنى . وقال قوم من أهل الظاهر : لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة : أعني في المسلم فيه ، وهؤلاء ذهبوا إلى ذلك لكون آية الرهن واردة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم ، فكأنهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن ، لأنه قال في أول آية : ﴿ **يا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إذا تَدايَنتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمىً فَاكْتُبُوه** ﴾ [1] ثم قال : ﴿ **وإن كُنتُمْ عَلى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ** ﴾ [2] فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنايات في الأموال ، وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالمأمومة والجائفة .

وأما قتل العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها إذا عفا الولي قولان : **أحدهما** : أن ذلك يجوز ، وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود . **والقول الثاني** : أن ذلك لا يجوز ، وذلك أيضاً مبني على أن ليس للولي إلا القود فقط إذا أبى الجاني من إعطاء الدية . ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحلول ، ويجوز في العارية التي تضمن ، ولا يجوز فيما لا يضمن ، ويجوز أخذه في الإجارات ، ويجوز في الجعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن في المهر ، ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة ، وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة . وقالت الشافعية : المرهون فيه له شرائط ثلاث : **أحدها** : أن يكون ديناً ، فإنه لا يرهن في عين . **والثاني** : أن يكون واجباً ، فإنه لا يرهن قبل الوجوب ، مثل أن يسترهنه بما يستقرضه ، ويجوز ذلك

---

(١) البقرة آية ٢٨٢ .

(٢) البقرة آية ٢٨٣ .

عند مالك . **والثالث** : أن لا يكون لزمه متوقعاً أن يجب ، وأن لا يجب كالرهن في الكتابة ، وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

* * *

القول في الشروط

وأما شروط الرهن ، فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان : شروط صحة ، وشروط فساد . فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن : أعني في كونه رهناً فشرطان : **أحدهما** : متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي بها شرط وهو القبض ، **والثاني** : مختلف فى إشتراطه . فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾ [١] واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة ؟ وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال : ما لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ، ومن قال شرط تمام قال : يلزم العقد ويجبر الراهن على الإقباض إلا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت ، فذهب مالك إلى أنه من شروط التمام ، وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر إلى أنه من شروط الصحة [٢] .

وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول . وعمدة الغير قوله تعالى : ﴿ **فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ** ﴾ وقال بعض أهل الظاهر : لا يجوز الرهن إلا أن يكون هنالك كاتب لقوله تعالى : ﴿ **وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ**

---

(١) البقرة آية ٢٨٣ .

(٢) من قال لا يلزم الرهن إلا بالقبض : أبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد .

وقال بعض أصحاب أحمد : ما كان مكيلاً ، أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض ، وفيما عداهما روايتان :

إحداهما : لا يلزم إلا بالقبض ، **والأخرى** : يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني . انظر (المغني ٣٦٤/٤) وانظر (المحلى ٤٨٢/٨) .

﴿ مَقْبُوضَةٌ ﴾ لا يُجَوِّزُ أهل الظاهر أن يوضع الرهن على يدي عدل ، وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض ، وأنه متى عاد إلى يد الراهن بإذن المرتهن بعارية أو وديعة أو غير ذلك ، فقد خرج من اللزوم . وقال الشافعي : ليس استدامة القبض من شرط الصحة ، فمالك عمم الشرط على ظاهره ، فألزم من قوله تعالى : ﴿ فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾ وجود القبض واستدامته [١] .

والشافعي يقول : إذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد ، فلا يحل ذلك إعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع ، وقد كان الأولى بمن يشترط القبض في صحة العقد أن يشترط الاستدامة ، ومن لم يشترطه في الصحة أن لا يشترط الاستدامة .

واتفقوا على جوازه في السفر . واختلفوا في الحضر ، فذهب الجمهور إلى جوازه [٢] .

وقال أهل الظاهر ومجاهد : لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى : ﴿ وإن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ ﴾ الآية . وتمسك الجمهور بما ورد من : « أنه ﷺ رهن في الحضر » والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب .

وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهناً على أنه إن جاء بحقه عند أجله وإلا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب

---

(١) من قال بأن استدامة القبض شرط للزوم الرهن : أبو حنيفة ، ومالك ، وأحمد .
وقال الشافعي : استدامة القبض ليس بشرط ، لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه ، فلم يشترط استدامته كالهبة . انظر (المغني ٣٦٧/٤) و (المجموع ٢٠٥/١٢) .

(٢) انظر في ذلك (المغني) و (المجموع) قال ابن قدامة نقلاً عن ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك إلا مجاهداً ، قال : ليس الرهن إلا في السفر .

الفسخ ، وأنه معنى قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يَغْلَقُ الرَّهْنُ » [١] .

* * *

(١) الحديث بلفظ « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » رواه الشافعي ، والدارقطني ، وقال : هذا إسناد حسن متصل ، وأخرجه الحاكم ، والبيهقي ، وابن حبان ، في صحيحه ، وأخرجه ابن ماجة من طريق أخرى ، وصحح أبو داود ، والبزار ، والدارقطني ، وابن القطان إرساله عن سعيد بن المسيب بدون ذكر أبي هريرة .

قال في التلخيص : وله طرق في الدارقطني والبيهقي كلها ضعيفة . وقال في بلوغ المرام : إن رجاله ثقات ، إلا أن المحفوظ عند أبي داود ، وغيره إرساله ، وحسنه ابن حزم عن أبي هريرة ، وتعقبه الحافظ بأن قوله نصر بن عاصم تصحيف ، وإنما هو عبد الله بن نصر الأصم الأنطاكي ، وله أحاديث منكرة .

وقد رواه الدارقطني من طريق عبد الله بن نصر المذكور . وصحح هذه الطريق عبد الحق ، وصحح أيضاً وصله ابن عبد البر . انظر (التلخيص) و(بلوغ المرام مع سبل السلام) و (نيل الأوطار) .

قال الشوكاني : (لا يغلق الرهن) يحتمل أن تكون لا نافية ، ويحتمل أن تكون ناهية . قال في القاموس : غلق الرهن كفرح : استحقه المرتهن ، وذلك إذا لم يفتك في الوقت المشروط . وقال الأزهري : الغلق في الرهن ضد الفك ، فإذا فك الراهن الرهن ، فقد أطلقه من وثاقه عند مرتهنه . انظر (النيل) . روي فساد الشرط هذا عن ابن عمر ، وشريح ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي حنيفة . قال ابن قدامة : لا نعلم أحداً خالفهم . انظر (المغني ٤/٤٢٤) .

القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب

وهو القول في الأحكام

وهذا الجزء ينقسم إلى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه ، وإلى معرفة اختلافهما في ذلك ، وذلك إما من نفس العقد ، وإما لأمور طارئة على الرهن ، ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ، والاتفاق .

أما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه ، فإن لم يأت به عند الأجل كان له أن يرفعه إلى السلطان ، فيبيع عليه الرهن وينصفه منه إن لم يجبه الراهن إلى البيع ، وكذلك إن كان غائباً . وإن وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الأجل جاز ، وكرهه مالك إلا أن يرفع الأمر إلى السلطان .

والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه ، أعني أنه إذا رهنه في عدد ما فأدى منه بعضه ، فإن الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه ، وقال قوم : بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق [١] وحجة الجمهور أنه محبوس بحق ، فوجب أن يكون محبوساً بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدَّيْنَ الذي على الميت ، وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه ، فوجب أن يكون أبعاضه

---

(١) وممن قال : إن الرهن بأسره يبقى بيد المرتهن حتى يستوفي حقه : الشافعي . انظر (المهذب مع المجموع ٢٠٨/١٢) .

وهو قول الظاهرية . انظر (المحلى ٥٠٥/٨) وهو مذهب أحمد . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه على أن من رهن شيئاً بمال ، فأدى بعضه ، وأراد إخراج بعض الرهن ، أن ذلك ليس له حتى يوفيه آخر أو يبرئه . انظر (منار السبيل ٣٥٥/١) لمذهب أحمد .

محبوسة بأبعاضه ، أصله الكفالة .

ومن مسائل هذا البـاب المشهورة اختلافهم في نمـاء الرهن المنفصل [١] مثل الثمرة في الشجر المرهون ، ومثل الغلـة ، ومثل الولـد هل يـدخـل في الرهن أم لا ؟ فـذهب قوم إلى أن نمـاء الرهن المنفصـل لا يـدخـل شيء منـه في الرهن : أعني الذي يحـدث منـه في يـد المرتهن ، وممن قـال بهـذا القول الشـافعي ، وذهب آخرون إلى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ، وممن قال بهـذا القول أبو حنيفـة والثوري وفرق مالك فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته ، فإنـه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجاريـة وأمـا مـا لم يكن على خلقتـه فـإنـه لا يـدخل في الرهن كان متولـداً عنـه كثمر النخل أو غير متـولـد ككراء الـدار وخراج الغلام .

وعمدة من رأى أن نمـاء الرهن وغلتـه للراهن قولـه عليـه الصلاة والسلام : « الرهن محلوب ومركوب » [٢] قالوا : ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقولـه مركوب ومحلوب أي يركبـه الراهن ويحلبـه ، لأنـه كأن يكون غير مقبـوض ،

---

(١) ممن قال : إن النماء المنفصل لا يكون تابعاً للمرهون الشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وكذلـك الكسـب ، لأنه حق تعلق بالأصل يستوفى من ثمنه ، فلا يسري إلى غيره كحق الجناية .

ومن قـال : إن النماء المنفصل يتبـع الأصـل أحمـد ، والنخعي ، والشعبي . وقـال الثـوري ، وأبـو حنيفة : في النماء يتبع ، وفي الكسب لا يتبع . وقال مالك : يتبع الولـد في الرهن خـاصـة دون سـائر النماء ، لأن الـولـد يتبـع الأصـل في الحقـوق الثـابتـة ، كـولـد أم الـولـد . انظر (المغني ٤٣٠/٤) .

والقول الأول هو ما نراه صواباً . والله أعلم .

(٢) الحديث بهذا اللفظ رواه الـدارقطني ، والحـاكم ، وصححـه من طريق الأعمش عن أبي صـالح عن أبي هريرة مرفوعـاً . قـال الحـاكم : لم يخرجـاه ، لأن سفيـان ، وغيره وقفـوه على الأعمش ، وقـد ذكر الـدارقطني الاختلاف فيـه على الأعمش ، وغيره ، ورجح الموقـوف . وبـه جـزم الترمـذي ، وقـال ابن أبي حـاتم ، قـال أبي : رفعـه ، يعني أبـا معـاويـة مرة ، ثم ترك الرفع بعـد ، ورجـح البيهقي أيضاً الوقف . انظر (النيل٥/٢٦٤) و (التلخيص ٣/٣٦) .

وذلك مناقض لكونه رهناً ، فإن الرهن من شرطه القبض ، قالوا : ولا يصح أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه ، فلم يبق إلا أن يكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واستدلوا أيضاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن ممن رَهَنَهُ له غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ » (١) قالوا : ولأنه نماء زائد على ما رضيه رهناً ، فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد .

وعمدة أبي حنيفة أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ، ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة ، وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع : أي هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة في ذلك ، وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط .

والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن ، وقال قوم : إذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه ، وهو قول أحمد وإسحاق (٢) ، واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة

---

(١) تقدم تخريج الحديث بلفظ « لا يغلق الرهن من رهنه ، له غنمه ، وعليه غرمه » .

(٢) ممن قال : يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن ، إذا قام بما يحتاج إليه ، ولو لم يأذن المالك : أحمد ، وإسحق ، والليث ، والحسن ، وغيرهم .

وقال الشافعي ، وأبو حنيفة ، ومالك ، وجمهور العلماء : لا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء . بل الفوائد للراهن ، والمؤن عليه ، قالوا : والحديث ورد على خلاف القياس من وجهين :

أحدها : التجويز لغير المالك أن يركب ، ويشرب بغير إذنه .

والثاني : لضمنه ذلك بالنفقة ، لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها ، ويدل على نسخه حديث ابن عمر عند البخاري ، وغيره بلفظ « لا تحلب ماشية امرىء بغير إذنه » انظر (النيل ٥/٢٦٤) .

مع ملاحظة أن الانتفاع عند أحمد يكون فقط في الحلب ، والركوب ، فيركب ويحلب بقدر العلف ، أما ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه ، فلا يجوز الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال بغير خلاف . انظر (المغني ٤/٤٢٦) .

والسلام أنه قال : « الرهن محلوب ومركوب » .

ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن : ممن ضمانه ؟ فقال قوم : الرهن أمانة وهو من الراهن ، والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ، وممن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث ، وقال قوم : الرهن من المرتهن ومصيبته منه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين [1] .

والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين : فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدَّيْنِ ، وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة . ومنهم من قال : هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت . وأنه إن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن ، وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء وإسحاق . وفرق قوم بين ما لايغاب [2] عليه مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه ، وبين ما يغاب عليه من العروض ، فقالوا : هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما

---

(١) إذا تعدى المرتهن في الرهن ، أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف ، فإنه يضمن لا خلاف بين العلماء في ذلك ، لأنه أمانة في يده ، فلزمه إذا تلف بتعديه ، أو تفريطه كالوديعة ، وأما إن تلف من غير تعدٍ منه ، ولا تفريط ، فلا ضمان عليه ، وهو من مال الراهن ، يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، والزهري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو ثور ، وابن المنذر .

ويروى عن شريح ، والنخعي ، والحسن : أن الرهن يضمن بجميع الدين وإن كان أكثر من قيمته . وقال مالك : إن كان تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله ، وضمن . وقال الثوري ، وأبو حنيفة يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين ، ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه انظر (المغني ٤٣٨/٤) .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (يعاب عليه) بالعين في الموضعين . والصواب « يغاب عليه » بالغين . ومعناه : يمكن إخفاؤه عادة : كالحلي ، والثياب ، والسلاح ، والكتب ، لا إن كان بيد أمين ، أو كان مما لا يغاب عليه كالحيوان ، وادعى ضياعه ، أو تلفه . انظر (الشرح الصغير ٣٣٦/٣) لمذهب مالك .

لا يغاب عليه . وممن قال بهذا القول مالك والأوزاعي وعثمان البتي ، إلا أن مالكاً يقول : إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط . فإنه لا يضمن وقال الأوزاعي وعثمان البتي : بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم ، وبقول مالك قال ابن القاسم . وبقول عثمان والأوزاعي قال أشهب .

وعمدة من جعله أمانة غير مضمونة حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « لا يغلق الرهن وهو ممن رهنه : له غنمه وعليه غرمه » : أي له غلته وخراجه . وعليه افتكاكه ومصيبته منه . قالوا : وقد رضي الراهن أمانته فأشبه المودع عنده . وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً له : قد قال مالك ومن تابعه إن الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة ، فوجب أن يكون كله كذلك .

وقد قال أبو حنيفة : إن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله « وعليه غرمه » أي نفقته . قالوا ومعنى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « الرهن مركوب ومحلوب » أي أجرة ظهره لربه . ونفقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام « له غنمه وعليه غرمه » أن غُنْمه ما فضل منه على الدين . وغُرْمه ما نقص .

وعمدة من رأى أنه مضمون من المرتهن أنه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداءً فوجب أن يسقط بتلفه ، أصله تلف المبيع عند البائع إذا أمسكه حتى يستوفى الثمن ، وهذا متفق عليه من الجمهور ، وإن كان عند مالك كالرهن ، وربما احتجوا بما روي عن النبي ﷺ أن رجلاً ارتهن فرساً من رجل ، فنفق

في يده ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : « ذهب حقك » [١] . وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين مالا يغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه .

وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيراً ، فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان أبي حنيفة ، وحددوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل .

والجمهور على أنه لا يجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته . وأنه إن باعه فللمرتهن الإجازة [٢] أو الفسخ . قال مالك : وإن زعم أن إجازته [٣] ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له . وقال قوم : يجوز بيعه .

وإذا كان الرهن غلاماً أو أمة فأعتقها الراهن فعند مالك أنه إن كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه ، وإن كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها . وعند الشافعي ثلاثة أقوال : الرد ، والإجازة ، والثالث مثل قول مالك [٤] .

---

(١) حديث « ذهب حقك » رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، ورواه أبو داود في مراسيله . قال عبد الحق : هو مرسل ، وضعيف ، وقال ابن القطان : مصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير كثير الغلط ، وإن كان صدوقاً . انظر (نصب الراية) .

(٢) إن تصرف الراهن بغير العتق كالبيع ، والإجارة ، والهبة ، والوقف ، والرهن ، وغيره ، فتصرفه باطل ، لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة ، فإن أذن المرتهن ، صح ، وبطل الرهن . انظر (المغني ٤٠١/٤) .

(٣) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (إجارة) في الموضعين . والصواب ما أثبتناه .

(٤) ليس للراهن عتق الرهن ، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة ، فإن أعتق ، نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً . نص عليه أحمد . وبه قال شريك ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، والشافعي في أحد أقواله ، إلا أن أبا حنيفة قال : يستسعى العبد في قيمته إن كان المعتق معسراً . =

وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذي وجب به الرهن ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : القول قول المرتهن فيا ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك ، فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجمهور فقهاء الأمصار القول في قدر الحق قول الراهن [١] .

وعمدة الجمهور أن الراهن مدعى عليه ، والمرتهن مدع ، فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة ، وعمدة مالك ههنا أن المرتهن وإن كان مدعياً فله ههنا شبهة بنقل اليمين إلى حَيِّزه ، وهو كون الرهن شاهداً له ، ومن أصوله أن يحلف أقوى المتداعيين شبهة ، وهذا لا يلزم عند الجمهور ، لأنه قد يرهن الراهن الشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه .

= وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينفذ عتق المعسر ، ذكرها الشريف أبو جعفر ، وهو قول مالك ، والقول الثاني للشافعي ، لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن ، وبدلها ، فلم ينفذ ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن .

وقال عطاء ، والبتي ، وأبو ثور : لا ينفذ عتق الراهن موسراً ، أو معسراً ، وهو القول الثالث للشافعي .

وإن أعتقه بإذن المرتهن ، فلا خلاف بين العلماء في نفوذ عتقه على كل حال ، لأن المنع ، كان لحق المرتهن ، وقد أذن ، فيسقط حقه من الوثيقة موسراً كان المعتق ، أو معسراً . انظر (المغني ٤/٤٠٠) .

(١) إذا اختلفا في قدر الحق : كأن يقول : رهنتك بيتي بألف ، فقال المرتهن : بل بألفين ، فالقول قول الراهن . وبهذا قال الشافعي ، وأحمد ، والنخعي ، والثوري ، والبتي ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة .

وحكي عن الحسن ، وقتادة : أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن ، أو قيمته ، ونحوه قول مالك .

أما إذا اختلفا في قيمة الرهن ، إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه ، وهي إذا تعدى ، أو لم يحرز ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، لأنه غارم ، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به ، والقول قول المنكر . وبه قال الشافعي ، وأحمد . قال ابن قدامة : ولا نعلم فيه مخالفاً . انظر (المصدر السابق) .

وأما إذا تلف الرهن ـ واختلفوا في صفته ـ فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لأنه مدعى عليه ، وهو مقر ببعض ما ادعي عليه وهذا على أصوله ، فإن المرتهن أيضاً هو الضامن فيما يغاب عليه . وأما على أصول الشافعي ، فلا يتصور على المرتهن يمين إلا أن يناكره الراهن في إتلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن ، وليس يحتاج إلى صفة ، لأن عند مالك يحلف على الصفة وتقويم تلك الصفة . وإذا اختلفوا في الأمرين جميعاً ، أعني في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له ، وفيه ضعف . وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن ؟ في المذهب فيه قولان ، والأقيس الشهادة ، لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحجر *

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أبواب : **الباب الأول :** في أصناف المحجورين . **الثاني :** متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم ، وبأي شروط يخرجون . **الثالث :** في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة .

الباب الأول

في أصناف المحجورين

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الأيتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى : ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ** ﴾ [1] الآية .

واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار إذا ظهر منهم تبذير لأموالهم ، فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق إلى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم ، وذلك إذا ثبت عنده سفههم وأعذر إليهم فلم يكن

---

* الحجر في اللغة : المنع والتضييق ، ومنه سمي الحرام حجراً ، قال تعالى : ﴿ **وَيَقُولُونَ حِجْراً مَحْجُوراً** ﴾ أي حراماً محرماً ، ويسمى العقل حجراً ، قال تعالى : ﴿ **هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ** ﴾ أي عقل . وسمي حجراً ، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح ، وتضر عاقبته .

وهو في الشريعة : منع الإنسان من التصرف في ماله .

والحجر نوعان : حجر على الإنسان لحق نفسه ، وحجر عليه لحق غيره ، فالمحجور عليه لحق نفسه هم ثلاثة : الصبي ، والمجنون ، والسفيه .

والحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه ، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث ، أو التبرع بشيء لوارث لحق ورثته ، وعلى المكاتب ، والعبد لحق سيدهما ، والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن .

(١) النساء آية ٦ .

عندهم مدفع ، وهو رأي ابن عباس وابن الزبير .

وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى أنه لا يبتدأ الحجر على الكبار ، وهو قول إبراهيم وابن سيرين [(١)] وهؤلاء انقسموا قسمين : فمنهم من قال : الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وإن ظهر منهم التبذير . ومنهم من قال : إن استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وإن ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه ، فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم . وأبو حنيفة يحد في إرتفاع الحجر وإن ظهر سفهه خمسة وعشرين عاماً .

وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار إنما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالباً ، فوجب أن يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وإن لم يكن صغيراً ، قالوا : ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ [(٢)] فدل هذا على أن السبب المقتضي للحجر هو السفه .

وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ « إذ ذكر فيه لرسول الله ﷺ أنه يُخْدَعُ في البيوع . فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه » [(٣)] وربما قالوا : الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال ، بدليل تأثيره في إسقاط التكليف ، وإنما اعتبر الصغر لأنه الذي يوجد فيه السفه غالباً كما يوجد فيه نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف

---

(١) من قال : يحجر على الكبير لسفه : مالك ، والشافعي ، وأحمد ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وأبو يوسف ، ومحمد ، والقاسم بن محمد ، وقال أبو حنيفة : لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل ، وتصرفه نافذ ، وروي ذلك عن ابن سيرين ، والنخعي ، لأنه حر مكلف ، فلا يحجر عليه كالرشيد ، وهو قول أهل الظاهر . انظر (المحلى ١٧٠/٩) .

وللقول الأول : إجماع الصحابة . انظر (المغني ٥١٩/٤) وانظر (المحلى ١٧٤/٩) .

(٢) النساء آية ٦ .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

وعلامة الرشد ، إذا كانا يوجدان فيه غالباً ، أعني العقل والرشد ، وكما لم يعتبر النـادر في التكليف ، أعني أن يكون قبل البلوغ عاقلاً فيكلف ، كذلك لم يعتبر النادر في السفه ، وهو أن يكون بعد البلوغ سفَيهاً فيحجر عليـه ، كما لم يعتبر كونـه قبل البلوغ رشيداً . قالوا : وقوله تعالى : ﴿ وَلاَ تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ ﴾ [١] الآيـة ، ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم ، وذلك لا يوجب فسخ بيوعها وإبطالها .

والمحجـورون عنـد مـالـك ستـة : الصغير ، والسفيـه ، والعبـد ، والمفلس ، والمريض ، والزوجة . وسيأتي ذكر كل واحد منهم في بابه .

* * *

(١) النساء آية ٧ .



الباب الثاني

متى يخرجون من الحجر ، ومتى يحجر عليهم وبأي شروط يخرجون ؟

والنظر في هذا الباب في موضعين : في وقت خروج الصغار من الحجر ، ووقت خروج السفهاء . فنقول : إن الصغار بالجملة صنفان : ذكور ، وإناث ، وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب ، وإما ذو وصي ، وإما مُهْمَلٌ ، وهم الذين يبلغون ولا وصيٌّ لهم ولا أب .

فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم ، وإن كانوا قد اختلفوا في الرشد ما هو ، وذلك لقوله تعالى : ﴿ **وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** ﴾ [1] واختلفوا في الإناث ، فذهب الجمهور إلى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعني بلوغ المحيض وإيناس الرشد ، وقال مالك : هي في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها . وروي عنه مثل قول الجمهور ، ولأصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل إنها في ولاية أبيها حتى يمر بها سنة بعد دخول زوجها بها ، وقيل حتى يمر بها عامان ، وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام . وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور من المرأة إلا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس ، أما مخالفتها للنص ، فإنهم لم يشترطوا الرشد ، وأما مخالفتها للقياس ، فلأن الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة ، وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور إن الاعتبار في الذكور ذوي الآباء البلوغ وإيناس الرشد ، فاختلف قول

---

(١) النساء آية ٦ .

مالك إذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال ، فقيل عنه إنه محمول على السفه حتى يتبين رشده ، وهو المشهور ، وقيل عنه إنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه .

فأما ذوو الأوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك إلا بإطلاق وصيه له من الحجر : أي يقول فيه إنه رشيد إن كان مقدماً من قبل الأب بلا خلاف أو بإذن القاضي مع الوصي إن كان مقدماً من غير الأب على اختلاف في ذلك . وقد قيل في وَصِيِّ الأب إنه لا يقبل قوله في أنه رشيد إلا حتى يعلم رشده وقد قيل إن حاله مع الوصيّ كحاله مع الأب يخرجه من الحجر إذا آنس منه الرشد وإن لم يخرجه وصيه بالإشهاد ، وأن المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذي الأب .

وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها إذا عُلِمَ الرشد ، ولا سقوطها إذا عُلِمَ السفه . وهي رواية عن مالك ، وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر ، والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وإن ظهر رشده حتى يخرج من الولاية ، وهو قول ضعيف ، فإن المؤثِّر هو الرشد لا حكم الحاكم . وأما اختلافهم في الرشد ما هو ؟ فإن مالكاً يرى أن الرشد هو تثمير المال وإصلاحه فقط ، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين .

وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين ؟ . وحال البكر مع الوصي كحال الذكر لا تخرج من الولاية إلا بالإخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك . وقيل حالها مع الوصي كحالها مع الأب وهو قول ابن الماجشون . ولم يختلف قولهم : إنه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم في اليتيم .

وأما المهمل من الذكور فإن المشهور أن أفعاله جائزة إذا بلغ الحلم كان

سفيهاً متصل السفه أو غير متصل السفه ، معلناً به أو غير معلن .

وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله إذا وقع ، فإن كان رشداً جاز وإلا رده .

فأما اليتيمة التي لا أب لها ولا وصي فإن فيها في المذهب قولين : أحدهما أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض . والثاني : أفعالها مردودة ما لم تعنس وهو المشهور .

* * *



الباب الثالث

في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والإجازة

والنظر في هذا الباب في شيئين : أحدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الأفعال ، وإذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والإجازة ؟ ، وكذلك أفعال المهملين الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصي ، وهؤلاء كما قلنا إما صغار وإما كبار متصلو[1] الحجر من الصغر وإما مبتدأ حجرهم . فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف في المذهب في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي ، فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه إن كان له وليٌّ ، فإن رآه رشداً أجازه وإلا أبطله ، وإن لم يكن له وليٌّ قدم له ولي ينظر في ذلك ، وإن عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة أو الرد .

واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل له أن ينقضه إذا آل الأمر إلى خلاف بحوالة الأسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه ؟ ، فالمشهور أن ذلك له ، وقيل إن ذلك ليس له ، ويلزم الصغير ما أفسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه . واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ، ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره . واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره ، فالمشهور أنه لا يلزمه . وقال ابن كنانة : يلزمه ولا يلزمه فيما ادعي عليه يمين . واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه ؟ فالمشهور أنه لا يحلف ، وروي عن

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (متصلو من) والصواب ما أثبتناه .

مالك والليث أنه يحلف . وحال البكر ذات الأب والوصي كالذكر ما لم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها .

فأما السفيه البالغ ، فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه ، إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف ، وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال : إنه ينفذ ، وقال الجمهور : إنه لا ينفذ [١] . وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ، ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده ، فيلزمه عتقها ، وهذا كله في المذهب ، وهل يتبعها مالها ؟ فيه خلاف ، قيل يتبع ، وقيل لا يتبع ، وقيل بالفرق بين القليل والكثير . وأما ما يفعله بعوض ، فهو أيضا موقوف على نظر وليه إن كان له ولي ، فإن لم يكن له وَلِيٌّ قُدِّمَ له وَلِيٌّ . فإن رد بيعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء ، وكذلك إن أتلف عين المبيع .

وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال : فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة ، وإن كان فيها ما هو رشد . ومنهم ضد هذا ، وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وإن ظهر

---

(١) انظر مسألة الخلع ، والطلاق (المغني ٥٢١/٤) .

أما العتق ، فلا يصح عتقه عند الشافعي ، وأحمد ، والقاسم بن محمد ، وحكى أبو الخطاب من الحنابلة رواية عن أحمد أنه يصح ، لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك ، فصح كعتق الراهن ، والمفلس .

وللقول الأول : أنه تصرف في ماله ، فلم يصح كسائر تصرفاته ، ولأنه تبرع ، فأشبه هبته ، ووقفه ، ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه ، كالصبي ، والمجنون . انظر (المصدر السابق) و (المحلى ١٧٧/٩) و (سبل السلام ٥٤/٣) .

قال ابن قدامة : ويصح تدبيره ، ووصيته لأن ذلك محض مصلحته ، لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه . انظر (المغني ٥٢٤/٤) .

فيها ما هو سفه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه ما لم يتبين رشده ، وعكس هذا أيضاً أن تكون أفعاله كلها محمولة الرشد حتى يتبين سفهه .

فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ ، والبكر ذات الأب والوصي ما لم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس . واختلف في حده اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين إلى الستين ، والذي يحكم له بحكم الرشد وإن علم سفهه ، فمنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قِبَلِ أبيه ، ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك ، خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية ، والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون .

وأما الذي يحكم عليه بالسفه بحكم ما لم يظهر رشده : فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب ، وحال البكر ذات الأب التي لا وصيّ لها إذا تزوجت ودخل بها زوجها ما لم يظهر رشدها وما لم تبلغ الحد المعتبر في ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك ، وكذلك اليتيمة التي لا وصي لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة .

وأما الحال التي يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه : فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس ، أو التي دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد ، وكذلك حال الابن ذي الأب إذا بلغ وجهلت حاله على إحدى الروايتين ، والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التي لا تعتبر فيها دخولها مع زوجها . فهذه هي جمل ما في هذا الكتاب والفروع كثيرة .

* * *



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب التفليس *

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفَلَس ، وفي أحكام المفلس ، فنقول : إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين : أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين ، فلا يكون في ماله وفاء بديونه . والثاني أن لا يكون له مال معلوم أصلاً ، وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامها .

فأما الحالة الأولى : وهي إذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا ، فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ، أم ليس له ذلك ؟ بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم ، وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بدينه ، فأبى أن ينصف غرماءه ، هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ، أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه ؟ فالجمهور يقولون : يبيع الحاكم ماله عليه ، فينصف منه غرماءه أو غريمه إن كان مليًّا ، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق [1] .

وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل « أنه كثر دينه في عهد

---

* المفلس في عرف الفقهاء : من دَيْنُهُ أكثر من ماله ، وخَرْجه أكثر من دخله ، وسموه مفلساً ، وإن كان ذا مال ، لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه ، فكأنه معدوم .

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (المغني ٤/٤٨٥) ومذهب أحمد كمذهب مالك ، والشافعي . انظر (سبل السلام) .

رسول الله ﷺ فلم يزد غرماءه على أن جعله لهم من ماله »[١] ، وحديث أبي سعيد الخدري « أن رجلا أصيب على عهد رسول الله في ثمر ابتاعها فكثر دَيْنهُ فقال رسول الله ﷺ : تصدقوا عليه ، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاءً بدَيْنه ، فقال رسول الله ﷺ : خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك »[٢] وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه : أما بعد ، فإن الأسيفع « أسيفع جهينة »[٣] رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج ، وأنه ادّان معرضاً فأصبح قدرين عليه ، فمن كان له عليه دَيْن فليأتنا .

وأيضا من طريق المعنى فإنه إذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته ، فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء ، وهذا القول هو الأظهر ، لأنه أعدل . والله أعلم .

وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ما عليه أو يموت محبوساً ، فيبيع القاضي حينئذ ماله ويقسمه على الغرماء ، فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دَيْن ، فلما طالبه الغرماء قال جابر « فأتيت النبي ﷺ فكلمته ، فسألهم أن يقبلوا مني حائطي ، ويحللوا أبي ، فأبوا ، فلم يعطهم رسول الله ﷺ حائطي ، قال : ولكن سأغدو عليك ، قال : فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال :

---

(١) حديث « أن الرسول ﷺ حجر على معاذ » رواه الدارقطني وصححه الحاكم ، وأخرجه أبو داود مرسلاً ، ورجح إرساله . قال عبد الحق : المرسل ، أصح من المتصل . وقال ابن الصلاح في الأحكام : هو حديث ثابت ، كان ذلك في سنة تسع ، وجعل لغرمائه خمسة أسباع حقوقهم ، فقالوا : يارسول الله بعه لنا ، فقال : « ليس لكم إليه سبيل » وأخرجه البيهقي من طريق الواقدي ، وزاد أن النبي ﷺ بعثه بعد ذلك إلى اليمن ، ليجبره . انظر (سبل السلام ٥٤/٣) و (التلخيص ٣٧/٣) .

(٢) تقدم تخريج الحديث . ورواه مسلم .

(٣) حديث حكم عمر في أسيفع جهينه ، أخرجه مالك في الموطأ بسند منقطع ، ورواه الدارقطني في غرائب مالك بإسناد متصل . انظر (سبل السلام ٥٤/٣) و (التلخيص ٤٠/٣) .

فجذذتها فقضيت منها حقوقهم ، وبقي من ثمرها بقية »[١] وربما روي أيضا أنه مات أُسَيْد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم ، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه ، فقبلهم أرضه أربع سنين مما لهم عليه[٢] . قالوا : فهذه الآثار كلها ليس فيها أنه بيع أصل في دين . قالوا : ويدل على حبسه قوله ﷺ « لَيُّ الواجد يُحِلُّ عرضه وعقوبته »[٣] قالوا : والعقوبة هي حبسه .

وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق إجازته ، وإذا قلنا إن المفلس محجور عليه ، فالنظر في ماذا يحجر عليه ؟ وبأي ديون تكون المحاصّة في ماله ؟ وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة ؟ وكيف تكون ؟ . فأما المفلس فله حالان : حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه ، وحال بعد الحجر .

فأما قبل الحجر فلا يجوز له إتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض إذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجري العادة بفعله ، وإنما اشترط إذا كان مما لا يلزمه ، لأن له أن يفعل ما يلزم بالشرع وإن لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الأبناء ، وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله ، لأن له إتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالأضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة ، وكذلك تراعى العادة في إنفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز

---

(١) حديث جابر بن عبد الله رواه البخاري في صحيحه .

قال الصنعاني : فيه دليل على أن انتظار الغلة ، والتمكن منها ، لا يعد مطلاً ، قيل : ويؤخذ منها أن من كان له دخل يُنْظَرَ إلى دخله ، وإن طالت مدته . انظر (سبل السلام ٣/٥٥) .

(٢) هذا الأثر رواه البخاري في تاريخه الصغير ، ذكره الحافظ ابن حجر .

(٣) حديث « لي الواجد ظلم يحل عرضه ، وعقوبته » رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة ، وابن حبان ، والحاكم ، والبيهقي من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه ، وعلقه البخاري . وقال الطبراني : لا يروى عن الشريد إلا بهذا الإسناد . تفرد به ابن أبي دليلة . انظر (التلخيص ٣/٣٩) و (سبل السلام) .

بيعه وابتياعه ما لم تكن فيه محاباة ، وكذلك يجوز إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه .

واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا : هو قبل الحكم كسائر الناس ، وإنما ذهب الجمهور لهذا لأن الأصل هو جواز الأفعال حتى يقع الحجر ، ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه ، وهو إحاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال ، لأنه يجوز بيعه وشراؤه إذا لم يكن فيه محاباة ، ولا يجوِّزه للمحجور عليه .

وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ، ولا يجوز إقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد . قيل إلا أن يكون لواحد منهم بينة ، وقيل يجوز لمن يعلم منه إليه تقاض . واختلف في إقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب : بالجواز ، والمنع . والثالث : بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعه ببينة أو لا تكون ، فقيل إن كانت صدق وإن لم تكن لم يصدق .

واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا ؟ فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت ، وذهب غيره إلى خلاف ذلك . وجمهور العلماء على أن الديون تحل بالموت ، وقال ابن شهاب : مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات [1] . وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبح

---

(١) الدين المؤجل ، لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة عن أحمد ، ذكره القاضي من الحنابلة ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى عنه : أنه يحل ، وبه قال مالك .

وعن الشافعي كالمذهبين ، واحتجوا أن الإفلاس يتعلق به الدَّيْن بالمال ، فأسقط الأجل كالموت .

أما إن مات وعليه ديون مؤجلة ، ففيه روايتان عن أحمد :

الأولى : لا تحل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين ، وعبد الله بن الحسن ، وإسحق ، وأبي عبيد .

التوارث إلا بعد قضاء الدين ، فالورثة في ذلك بين أحد أمرين : إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالاً ، وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون فتكون الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم ، بخلاف ما كان عليه الدَّيْن قبل الموت ، لأنه كان في ذمة الميت ، وذلك يحسن في حق ذي الدين .

ولذلك رأى بعضهم أنه إن رضي الغرماء بتحمله في ذممهم أبقيت الديون إلى أجلها ، وممن قال بهذا القول ابن سيرين ، واختاره أبو عبيد من فقهاء الأمصار ، لكن لا يشبه الفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه ، وإن كانت كلا الذمتين قد خربت فإن ذمة المفلس يُرْجَى المال لها بخلاف ذمة الميت .

وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فإن ذلك يرجع إلى الجنس والقدر . أما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فإن دينه في ذمة المفلس .

وأما إذا كان عين العوض باقياً بعينه لم يفت إلا أنه لم يقبض ثمنه ، فاختلف في ذلك فقهاء الأمصار على أربعة أقوال :

الأول : أن صاحب السلعة أحق بها على كل حال إلا أن يتركها ويختار المحاصة ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور .

القول الثاني : ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء ، وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها ، وبه قال مالك وأصحابه .

= وقال طاوس ، وأبو بكر بن محمد ، والزهري ، وسعيد بن إبراهيم : الدين إلى أجله ، وحكي ذلك عن الحسن .

والرواية الأخرى : أنه يحل بالموت . وبه قال الشعبي ، والنخعي ، وسوار ، ومالك ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي . انظر (المغني ٤/٤٨٢) .

القول الثالث : تقوَّم السلعة بين التفليس ، فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضي له بها : أعني للبائع ، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحاصّون في الباقي ، وبهذا القول قال جماعة من أهل الأثر .

والقول الرابع : أنه أسوة الغرماء فيها على كل حال ، وهو قول أبي حنيفة وأهل الكوفة [١] ، والأصل في هذه المسألة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره » [٢] وهذا الحديث خرجه مالك والبخاري ومسلم ، وألفاظهم متقاربة ، وهذا اللفظ لمالك ، فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الأول ، ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا : إن معقوله إنما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية ، وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باعها به ، فأما أن يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع ، وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن كما قال مالك .

---

(١) إذا وجد عين العوض عند المفلس ، ولم يقبض ثمنه ، فسخ البيع وأخذ البائع سلعته التي باعها .
روي ذلك عن عثمان ، وعلي ، وأبي هريرة . وبه قال عروة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، والعنبري ، وإسحق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأحمد .
وقال الحسن ،والنخعي ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة : هو أسوة الغرماء . انظر (المغني ٤٥٣/٤) .

(٢) حديث « أيما رجل أفلس ، فأدرك الرجل ماله بعينه ، فهو أحق به من غيره » رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة . انظر (التلخيص) و (سبل السلام ٥١/٣) .
قال الحافظ : قال ابن عبد البر : هذا الحديث لا يرويه غير أبي هريرة ، وحكى البيهقي مثل ذلك عن الشافعي ، ومحمد بن الحسن .
قال الحافظ : وفي إطلاق ذلك نظر لما رواه أبو داود ، والنسائي عن سمرة بلفظ « من وجد متاعه عند مفلس بعينه ، فهو أحق به » ولابن حبان في صحيحه من طريق فليح عن نافع عن ابن عمر بلفظ : « إذا عدم الرجل ، فوجد البائع متاعه ، فهو أحق به » انظر (التلخيص ٣٨/٣) .

وأما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للأصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد إذا خالف الأصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنوناً ، والأصول يقينية مقطوع بها ، كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس : ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة .

ورواه عن علي أنه قضى بالسلعة للمفلس ، وهو رأي ابن سيرين وإبراهيم من التابعين . وربما احتجوا بأن حديث أبي هريرة مختلف فيه ، وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو أسوة الغرماء »[1] وهذا الحديث أولى لأنه موافق للأصول الثابتة . قالوا وللجمع بين الحديثين وجه ، وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية . إلا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع . وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة ، فأما قبل القبض فالعلماء متفقون ـ أهل الحجاز وأهل العراق ـ أن صاحب السلعة أحق بها لأنها في ضمانه .

واختلف القائلون بهذا الحديث إذا قبض البائع بعض الثمن ، فقال مالك : إن شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها ، وإن شاء حاصَّ الغرماءَ فيما بقي من سلعته ، وقال الشافعي : بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن ، وقالت جماعة من أهل العلم داود وإسحاق وأحمد : إنْ قبض من الثمن شيئاً فهو أسوة الغرماء[2] .

---

(١) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ . ولعله جزء من الحديث الآتي وسيأتي تخريجه . إن شاء الله تعالى .

(٢) إذا كان قد قبض بعض الثمن ، فليس له حق في استرجاع المبيع ، بل يكون أسوة الغرماء ، وهو قول جمهور العلماء . وعند الشافعي : البائع أولى به ، وهو الراجح من قوله . انظر (سبل السلام ٥٢/٣) .

وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع أسوة الغرماء »[١] وهو حديث وإن أرسله مالك فقد أسنده عبد الرزاق ، وقد روي من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان . وهو قوله ، فيه « فإن كان قبض من ثمنه شيئاً فهو أسوة الغرماء » ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرّجه .

وحجة الشافعي أن كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ، ولم يختلفوا أنه إذا فوت المشتري بعضها أن البائع أحق بالمقدار الذي أدرك من سلعته ، إلا عطاء فإنه قال : إذا فوت المشتري بعضها كان البائع أسوة الغرماء .

واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفَلَسِ أم لا ؟ فقال مالك : هو في الموت أسوة الغرماء ، بخلاف الفلس ، وقال الشافعي ، الأمر في ذلك واحد[٢] .

وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن أبي بكر - وهو نص في ذلك - وأيضاً من جهة النظر أن فرقاً بين الذمة في الفلس والموت ، وذلك أن الفلس ممكن

(١) رواه أبو داود ، ومالك من رواية أبي بكر بن عبد الرحمن مرسلاً وقد وصله أبو داود من طريق أخرى فيها إسماعيل بن عياش ، لأنها من رواية الشاميين ، وروايته عنهم صحيحة . ووصله البيهقي ، وضعفه . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٥١/٣) .
وقال الشافعي : حديث أبي المعتمر أولى من هذا ، وهذا منقطع . ووصله عبد الرزاق في مصنفه عن مالك ، وذكر ابن حزم أن عراك بن مالك رواه أيضاً عن أبي هريرة ، وفي غرائب مالك ، وفي التمهيد أن بعض أصحاب مالك وصله عنه . انظر (التلخيص ٣٩/٣) .

(٢) إلى التفرقة بين الموت ، والإفلاس ذهب مالك ، وأحمد . وذهب الشافعي إلى أنه لا فرق بين الموت ، والإفلاس ، وأن صاحب المتاع أولى بمتاعه عملاً بعموم « من أدرك ماله عند رجل » والحديث متفق عليه كما مر . انظر (سبل السلام ٥٣/٣) وانظر (المغني ٥٠٢/٤) .

أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال : قال : رسول الله ﷺ « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به » فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس .

وقال : وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب . لأن حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ، ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه ، فأشبه مال المفلس ، وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي ، وترجيح حديثه على حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى ، وذلك أن ما وافق من الأحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه : أعني أن القياس الموافق لحديث الشافعي هو قياس شبه ، والموافق لحديث مالك قياس معنى ، ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق .

فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس ، وأيضا فإن الأصل يشهد لقول مالك في الموت أعني من باع شيئاً فليس يرجع إليه ، فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسألة ، والشافعي إنما ضعف عنده فيها قول مالك لما روي من المسند المرسل عنده لا يجب العمل به .

واختلف مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً يغرسها أو عرصة يبنيها ، فقال مالك : العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعي : بل يخير البائع بين أن يعطي قيمة ما أحدث المشتري في سلعته ويأخذها ، أو أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة [1] ، وما يكون فوتاً مما لا يكون فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة .

---

(١) إن كان المبيع أرضاً ، فبناها ، أو غرسها ، فإن اتفق المفلس ، والغرماء على قلع البناء ، =

وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلس ، أو في الفلس دون الموت أن الأشياء المبيعة بالدَّيْنِ تنقسم في التفليس ثلاثة أقسام : عرض يتعين ، وعين اختلف فيه هل يتعين فيه أم لا ؟ وعمل لا يتعين .

فأما العرض فإن كان في يد بائعه لم يسلمه حتى أفلس المشتري ، فهو أحق به في الموت والفلس ، وهذا ما لا خلاف فيه . وإن كان قد دفعه إلى المشتري ثم (أفلس وهو قائم)[١] بيده فهو أحق به من الغرماء في الفلس دون الموت . ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن . وقال الشافعي : ليس لهم . وقال أشهب : لا يأخذونها إلا بزيادة يحطُّونها عن المفلس ، وقال ابن الماجشون : إن شاءوا كان الثمن من أموالهم أو من مال الغريم ، وقال ابن كنانة : بل يكون من أموالهم وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضا ، والفلس ما كان بيده .

واختلف إذا دفعه إلى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه ، فقيل إنه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم ، وقيل إنه لا سبيل له عليه ، وهو أسوة الغرماء ، وهو قول أشهب ، والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين ، وأما إن لم يعرف بعينه فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس .

= والغراس ، ثبت للبائع الرجوع في الأرض عند الشافعي ، وأحمد ، لأنه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره ، فجاز له الرجوع . فإن بذل البائع قيمة الغراس ، والبناء ليملكه ، مع الأرض ، أو قال : أنا أقلع ذلك ، وأضمن أرش ما دخل بالقلع من النقص ، أجبر المفلس ، والغرماء على ذلك ، وكان لبائع الأرض الرجوع فيها . انظر (المهذب مع المجموع ٣٣٥/١٢) و (المغني ٤٧٢/٤) .

(١) ما بين القوسين محذوف من نسخة « دار الكتب الإسلامية » .

وأما العمل الذي لا يتعين فإن أفلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الأجير كان الأجير أحق بما عمله في الموت والفلس جميعاً ، كالسلعة إذا كانت بيد البائع في وقت الفلس ، وإن كان فلسه بعد أن استوفى عمل الأجير فالأجير أسوة الغرماء [1] بأجرته التي شارطه عليها في الفلس والموت جميعاً على أظهر الأقوال ، إلا أن تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها ، فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعاً ، لأنه كالرهن بيده ، فإن أسلمه كان أسوة الغرماء بعمله إلا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت ، وكذلك الأمر عنده في فلس مكتري الدواب إن استكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعاً ، وكذلك مكتري السفينة ، وهذا كله شبهه مالك بالرهن .

وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس ، وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت . وأنه أسوة الغرماء في سلعته إذا فاتت ، وعندما يشبه حال الأجير عند أصحاب مالك . وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة [2] . فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون : هو أحق بها في الموت والفلس ، ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت فيقولون : هو أحق بها في الفلس دون الموت . ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فاتت فيه فيقولون : هو أسوة الغرماء .

ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقي حائط فسقاه حتى أثمر

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (أسوة الغرماء) والصواب (فالأجير أسوة الغرماء) .

(٢) لعل الصواب الكلام هكذا :

(وبالجملة عندما يشبه حال الأجير البائع منفعة ببائع الرقبة عند أصحاب مالك ، فمرة يشبهون ...) إلخ .

الحائط ثم أفلس المستأجر فإنهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال . وتشبيه بيع المنافع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء ـ فيما أحسب ـ انفرد به مالك دون فقهاء الأمصار ، وهو ضعيف لأن قياس الشبه المأخوذ من الموضع المفارق للأصول يضعف ، ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ، ولكن انقدح هنالك قياس علة ، فهو أقوى ، ولعل المالكية تدعي وجود هذا المعنى في القياس ، ولكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر .

ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا ؟ فذهب مالك وأهل الحجاز إلى أنه إنما يتبع بما في يده لا في رقبته ، ثم إن أُعْتِقَ أُتْبِع بما بقي عليه . ورأى قوم أنه يباع . ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقي عليه من الدين ، وبه قال شريح . وقالت طائفة : بل يلزم سيده ما عليه وإن لم يشترطه [1] . فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا : إنما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر ، والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجني ، وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فإنهم شبهوا ماله بمال السيد إذ كان له انتزاعه .

فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسألة ، ومن هذا المعنى إذا أفلس العبد والمولى معاً بأيها يبدأ ، هل بدين العبد ، أم بدين المولى ؟ فالجمهور يقولون : بدين العبد ، لأن الذين داينوا العبد إنما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال ، والذين داينوا المولى لم يعتدُّوا بمال العبد ، ومن رأى البدء بالمولى قال : لأن مال العبد هو في الحقيقة للمولى .

---

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ١٦٠/٢) .

فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الأجنبي أو حكم مال السيد . وأما قدر ما يترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب : يترك له ما يعيش به هو وأهله وولده الصغار الأيام ، وقال في الواضحة والعتبية : الشهر ونحوه ، ويترك له كسوة مثله ، وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض ، وهو الانتفاع بها أو بغير عوض ، وقال سحنون : لا يترك له كسوة زوجته ، وروى ابن نافع عن مالك أنه لا يترك له إلا ما يواريه ، وبه قال ابن كنانة .

واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين : وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أو لا كراهية ذلك .

وأما معرفة الديون التي يحاصُّ بها من الديون التي لا يحاصُّ بها على مذهب مالك فإنها تنقسم أولاً إلى قسمين : **أحدهما** : أن تكون واجبة عن عوض . **والثاني** : أن تكون واجبة من غير عوض . فأما الواجبة عن عوض ، فإنها تنقسم إلى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض ، فاما ما كانت عن عوض مقبوض ، وسواء أكانت مالا أو أرش جناية ، فلا خلاف في المذهب أن محاصة الغرماء بها واجبة .

وأما ما كان عن عوض غير مقبوض ، فإن ذلك ينقسم خمسة أقسام : **أحدها** : أن لا يمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة ، **والثاني** : أن لا يمكنه دفع العوض ، ولكن يمكنه دفع ما يستوفي فيه ، مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد ، أو يكون العرف فيه النقد ، ففلس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء .

والثالث : أن يكون دَفْعُ العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم إذا أفلس المسلم إليه قبل دفع رأس المال . **والرابع** : أن يمكنه دفع العوض ، ولا يلزمه مثل السلعة إذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها إليه البائع .

والخامس : أن لا يكون إليـه تعجيل دفع العوض ، مثل أن يسلم الرجـل إلى الرجل دنـانير في عروض إلى أجل فيفلس المسلم قبل أن يـدفـع رأس المـال وقبل أن يحل أجل السلم .

فأمـا الـذي لا يمكنـه دفع العوض بحـال فلا محـاصـة في ذلـك إلا في مهور الزوجات إذا أفلس الزوج قبل الدخول .

وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفي منه ، مثل المكتري يفلس قبـل دفـع الكراء ، فقيـل للمكري المحـاصـة بجميـع الثمن وإسـلام الـدار للغرماء ، وقيل ليس له إلا المحاصة بما سكن ويأخذ داره ، وإن كان لم يسكن فليس لـه إلا أخـذ داره . وأمـا مـا يمكنـه دفع العوض ويلزمـه وهـو إذا كان العوض عيناً ، فقيل يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعـه ، وقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض .

وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيـار بين المحـاصـة والإمسـاك وذلك هو إذا كان العوض عيناً .

وأمـا إذا لم يكن إليـه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل أن يـدفـع رأس المـال ، وقبـل أن يحـلَّ أجـل السلم ، فـإن رضى المسلم إليـه أن يعجـل العروض ويحـاصص الغرمـاء برأس مـال السلم فـذلـك جـائز إن رضي بـذلـك الغرماء ، فإن أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المـال الواجب لـه فيما وجد للغريم من مال ، وفي العروض التي عليه إذا حلت لأنها من مال الفلس ، وإن شاءوا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم .

وأمـا مـا كان من الحقوق الواجبـة عن غير عـوض فـإن مـا كان منهـا غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها .

وأما ما كان منها واجبـاً بـالشرع كنفقـة الآبـاء والأبنـاء ، ففيهـا قولان :

أحدهما : أن المحاصة لا تجب بها ، وهو قول ابن القاسم ، **والثاني** : أنها تجب بها إذا لزمت بحكم من السلطان ، وهو قول أشهب . وأما النظر **الخامس** : وهو معرفة وجه التحاص ، فإن الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء ، وسواء أكان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، إذ كان لا يقتضي في الديون إلا ما هو من جنس الدين إلا أن يتفقوا من ذلك على شيء يجوز .

واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء ، وهو إذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء : ممن مصيبته ؟ فقال أشهب : مصيبته من المفلس ، وقال ابن الماجشون : مصيبته من الغرماء إذا وقفه السلطان .

وقال ابن القاسم : ما يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغريم لأنه إنما يباع على ملكه ، وما لا يحتاج إلى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عيناً والدين عيناً ، وكلهم روى قوله عن مالك ، وفَرَّقَ أَصْبَغُ بين الموت والفلس فقال : المصيبة في الموت من الغرماء ، وفي الفلس من المفلس [1] . فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه .

وأما المفلس الذي لا مال له أصلاً ، فإن فقهاء الأمصار مجمعون على أن العدم له تأثير في إسقاط الدين إلى وقت ميسرته ، إلا ما حكي عن عمر بن عبد العزيز أن لهم أن يؤاخروه ، وقال به أحمد من فقهاء الأمصار ، وكلهم مجمعون على أن المدين إذا ادعى الفلس ولم يُعلَمْ صِدْقُهُ أنه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين ، فإذا كان ذلك خلي سبيله .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب مالك (الكافي ٢/١٥٨) .

وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار[1] ، وإنما صار الكل إلى القول بالحبس في الديون ، وإن كان لم يأت في ذلك أثر صحيح ، لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض ، وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضي المصلحة ، وهو الذي يسمى بالقياس المرسل . وقد روي « أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة »[2] خرجه ـ فيما أحسب ـ أبو داود . والمحجورون عند مالك : السفهاء

---

(١) من وجب عليه دين حال ، فطولب به ، ولم يؤده ، نظر الحاكم ، فإن كان في يده مال ظاهر ، أمره بالقضاء ، فإن ذكر أنه لغيره ، سأله الحاكم ، فإن صدقه ، فهو له ، ويستحلفه الحاكم لجواز أن يكونا تواطآ على ذلك .

وإن لم يجد له مالاً ظاهراً ، فادعى الإعسار ، فصدقه غريمه لم يحبس ، ووجب إنظاره ، ولم تجز ملازمته لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ ولقول النبي ﷺ لغرماء الداين كثر دينه « خذوا ما وجدتم ، وليس لكم إلا ذلك » ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه ، وعسرته ثابتة ، والقضاء متعذر ، فلا فائدة في الحبس ، وإن كذبه غريمه ، فلا يخلو ، إما أن يكون عرف له مال ، أو لم يعرف ، فإن عرف له مال بأن كان الدين ثبت عن معاوضة كالقرض ، والبيع ، أو عرف له أصل مال سوى هذا ، فالقول قول غريمه مع يمينه . فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد البينة بإعساره . قال ابن قدامة نقلاً عن ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، وقضاتهم يرون الحبس في الدين : منهم مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، والنعمان ، وسوار ، وعبيد الله بن الحسن ، وروي عن شريح ، والشعبي ، وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يقسم ماله بين الغرماء ، ولا يحبس . وبه قال عبد الله بن جعفر ، والليث بن سعد .

وحجة القول الأول : أن الظاهر قول الغريم . فكان القول قوله كسائر الدعاوى ، فإن شهدت البينة بتلف ماله ، قبلت شهادتهم ، سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أم لم تكن ، لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة ، وغيرهم . انظر (المغني ٤/٤٩٩) وانظر (نيل الأوطار ٥/٢٧١) .

(٢) أخرجه أبو داود .

والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيا فوق الثلث لأنه يرى أن للزوج حقاً في المال ، وخالفه في ذلك الأكثر . وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الكتاب .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الصلح *

والأصل في هـذا الكتـاب قولـه تعـالى : ﴿ والصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [(١)] ومـا روي عن النبي عليه الصلاة والسلام مرفوعاً وموقوفاً على عمر « إمضـاء الصلح جـائز بين المسلمين إلا صلحـاً أَحَلَّ حرامـاً أو حَرَّمَ حلالاً » [(٢)] واتفق المسلمون على جوازه على الإقرار ، واختلفوا في جوازه على الإنكار ، فقال مالك وأبو حنيفـة : يجوز على الإنكار ، وقال الشافعي : لا يجوز على الإنكار لأنه من أكل المال بالبـاطل من غير عوض . والمالكيـة تقول فيـه عوض ، وهو سقوط الخصومـة وانـدفـاع اليمين عنه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الـذي يقع على الإقرار يراعى في

---

* الصلح : هو معاقـدة يتوصل بهـا إلى الإصلاح بين المختلفين . وقـد قسم العلمـاء الصلح أقسـامـاً : صلح المسلم مع الكافر ، والصلح بين الزوجين ، والصلح بين الفئة الباغيـة ، والعـاديـة ، والصلح بين المتخـاصمين ، والصلح في الجراح ، كالعفو على مـال ، والصلح لقطع الخصومـة ، إذا وقعت في الأملاك ، والحقوق . وهذا القسم هو المراد هنا ، وهو الذي يذكره الفقهاء في باب الصلح .

(١) النساء آية ١٢٨ .

(٢) رواه الترمذي ، وصححه ، وأنكروا عليه ، لأنه من رواية كثير بـن عبد الله بن عمرو بن عوف . وهو ضعيف ، فقد كذبه الشافعي ، وتركه أحمد ، وفي الميزان عن ابن حبان : له نسخة موضوعـة عن أبيه عن جده بلفظ « الصلح جائز .. » دون قوله « إمضاء » .
وقال الشافعي ، وأبو داود : هو ركن من أركان الكذب ، واعتذر الحافـظ عن الترمـذي بقولـه : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه . وقد صححـه ابن حبـان من حـديث أبي هريرة . وفي لفـظ أبي داود « والمؤمنون » وقد رواه أبو داود عن عمرو بن عوف المزني . انظر (سبل السلام ٥٧/٣) .
وإلى جواز الصلح على الإنكار ذهب مالك ، وأحمد ، وأبو حنيفة ، وخالف في ذلـك الشـافعي ، والهادوية . وقـالوا : لا يصلح الصلح مع الإنكار ، ومعنـاه أن عـدم صحتـه أنـه لا يطيب مـال الخصم مع إنكار المصالح . انظر (سبل السلام ٥٧/٣) و(المجموع ٣٩٤/١٢) وبقول الشافعي قـال أهل الظاهر . انظر (المحلى ٦٠٩/٨) .

صحته ما يراعى في البيوع ، فيفسد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته ، وهذا هو مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الإقرار بدنانير نسيئة ، وما أشبه هذا من البيوع الفاسدة من قِبَلِ الربا والغرر .

وأما الصلح على الإنكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع ، مثل أن يدعي إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة ، فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه ، وقال أصبغ : هو جائز ، لأن المكروه فيه من الطرف الواحد ، وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له . وأما الدافع فيقول : هي هبة مني .

وأما إن ارتفع المكروه من الطرفين ، مثل أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ، ثم يصطلحان على أن يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قِبَلَهُ إلى أجل ، فهذا عندهم هو مكروه . أما كراهيته فمخافة أن يكون كل واحد منهما (صادقاً)[1] فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لإنظار الآخر إياه فيدخله أسلفني وأسلفك .

وأما وجه جوازه فلأن كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت ، إنما هو تبرع مني ، وما كان يجب علي شيء ، وهذا النحو من البيوع قيل إنه يجوز إذا وقع ، وقال ابن الماجشون : يفسخ إذا وقع عليه أثر عقده ، فإن طال مضى ،

---

(١) ما بين القوسين محذوف من نسخة « دار الكتب الإسلامية » .

فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مـذهب مـالـك على ثلاثـة أقسام : صلح يفسخ باتفاق ، وصلح يفسخ باختلاف ، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال ، وإن لم يطل فيه اختلاف .

* * * *



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الكفالة *

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها ، وفي الحكم اللازم عنها ، وفي شروطها ، وفي صفة لزومها ، وفي محلها ، ولها أسماء : كفالة ، وحمالة ، وضمانة ، وزعامة ، فأما أنواعها فنوعان : حمالة بالنفس ، وحمالة بالمال . أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الأول ومن فقهاء الأمصار . وحكي عن قوم أنها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة وهو شاذ . والسنة التي صار إليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » .

وأما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه ، فجمهور فقهاء الأمصار على جواز وقوعها شرعاً إذا كانت بسبب المال . وحكي عن الشافعي في الجديد أنها لا تجوز ، وبه قال داود ، وحجتها قوله تعالى : ﴿ **مَعَاذَ اللهِ أَن نَّأْخُذَ إِلاَّ مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِندَهُ** ﴾ [1] ولأنها كفالة بنفس فأشبهت الكفالة في الحدود .

وحجة من أجازها عموم قوله عليه الصلاة والسلام : « الزعيم غارم »

---

* الكفالة في اللغة : الضم . قال تعالى : ﴿ **وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا** ﴾ أي ضمها إلى نفسه .
وفي الشرع : « ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة ، أو في حق أصل الدين » والدليل على ذلك من الكتاب قوله تعالى : ﴿ **وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾ يوسف آية ٧٢ . قال ابن عباس : الزعيم : الكفيل ، ومن السنة : قوله عليه الصلاة والسلام « العارية مؤداة ، والزعيم غارم » رواه أبو داود ، والترمذي ، وابن حبان .

(١) يوسف آية ٧٩ .

وتعلقوا بأن ذلك مصلحة ، وأنه مروي عن الصدر الأول [١] . وأما الحكم اللازم عنها ، فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء ، وحكى عن بعضهم لزوم ذلك .

وفرق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضراً أو غائباً فقال : إن مات حاضراً لم يلزم الكفيل شيء ، وإن مات غائباً نظر ، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره ، وذلك في نحو اليومين إلى الثلاثة ففرط غرم وإلا لم يغرم [٢] .

واختلفوا إذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه ؟ على ثلاثة أقوال : **القول الأول :** أنه يلزمه أن يحضره أو يغرم ، وهو قول مالك وأصحابه وأهل المدينة . **والقول الثاني :** أنه يحبس الحميل إلى أن يأتي به أو يعلم موته ، وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق . **والقول الثالث :** أنه ليس عليه إلا أن يأتي به إذا علم موضعه ، ومعنى ذلك أن لا يكلف إحضاره إلا مع العلم بالقدرة على إحضاره ، فإن ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل ، وأنكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك . قالوا : ولا يحبس الحميل إلا إذا كان المتحمل عنه معلوم

---

(١) الكفالة بالنفس قال بها أكثر أهل العلم ، وهو مذهب شريح ، ومالك ، والثوري ، والليث ، وأبي حنيفة ، وأحمد .

وقال الشافعي في بعض أقواله : الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : هي صحيحة قولاً واحداً ، ومنهم من قال : فيها قولان : أحدهما غير صحيحة ، لأنها كفالة بعين ، فلم تصح كالكفالة بالوجه ، وبدن الشاهدين . انظر (المغني ٦١٤/٤) و (المجموع ٣٩/١٣) وحجة القول الأول قوله تعالى : ﴿ **قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقاً مِّنَ اللهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلاَّ أَن يُحَاطَ بِكُمْ** ﴾ يوسف آية ٦٦ .

(٢) إذا مات المكفول به ، سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء . وبهذا قال شريح ، والشعبي ، وحماد بن أبي سليمان ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد . وقال الحكم ، ومالك ، والليث : يجب على الكفيل غرم ما عليه . وحكي ذلك عن ابن شريح ، لأن الكفيل وثيقة بحق ، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين ، استوفي من الوثيقة كالرهن ، ولأنه تعذر إحضاره ، فلزم كفيله ما عليه ، كما لو غاب . (المصدر السابق) .

الموضع ، فيكلف حينئذ إحضاره ، وهذا القول حكاه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس ، واختاره (١) .

وعمدة مالك أن المتحمل بالوجه غارم لصاحب الحق فوجب عليه الغُرْمُ إذا غاب ، وربما احتج لهم بما روي عن ابن عباس : « أن رجلاً سأل غريمه أن يؤدي إليه ماله أو يعطيه حميلاً ، فلم يقدر حتى حاكمه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فتحمل عنه رسول الله ﷺ ثم أدى المال إليه » (٢) قالوا : فهذا غرم في الحمالة المطلقة .

وأما أهل العراق فقالوا : إنما يجب عليه إحضار ما تحمل به وهو النفس ، فليس يجب أن يعدى ذلك إلى المال إلا لو شرطه على نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « المؤمنون عند شروطهم » (٣) فإنما عليه أن يحضر المال أو يحبس فيه ، كذلك الأمر في ضمان الوجه .

وعمدة الفريق الثالث أنه إنما يلزمه إحضاره إذا كان إحضاره له مما يمكن ، وحينئذ يحبس إذا لم يحضره ، وأما إذا علم أن إحضاره له غير ممكن فليس يجب عليه إحضاره كما أنه إذا مات ليس عليه إحضاره . قالوا : ومن ضمن الوجه فأغرم المال فهو أحرى أن يكون مغروراً من أن يكون غارّاً .

فأما إذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك : إن المال

---

(١) إذا غاب المكفول به نظر : فإن كانت غيبته إلى موضع معلوم ، فعلى الكفيل أن يحضره ، فإذا مضت مدة يمكنه فيها الذهاب إليه ، والمجيء به ، ولم يأت به ، حبسه الحاكم عند الشافعي ، وأبي حنيفة . وقال ابن شبرمة : يحبس في الحال ، لأن حقه قد توجه عليه . انظر (المجموع) و (الكافي ٤١١/٣) لمذهب أبي حنيفة . ومذهب أحمد كمذهب مالك في أنه إذا لم يحضره ، فإنه يضمن ما عليه . انظر (الروض المربع ١٩٠/٢) لمذهب أحمد .

(٢) حديث « أن رجل سأل غريمه .. » رواه البيهقي في السنن الكبرى عن عكرمة عن ابن عباس .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

لا يلزمه ، ولا خلاف في هذا فيا أحسب ، لأنه كان يكون قد ألزم ضد ما اشترط ، فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فإن الفقهاء متفقون على أنه إذا عدم المضمون أو غاب أن الضامن غارم .

واختلفوا إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر . فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابها والثوري والأوزاعي وأحمد وإسحاق : للطالب أن يؤاخذ من شاء من الكفيل أو المكفول . وقال مالك في أحد قوليه : ليس له أن يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه . وله قول آخر مثل قول الجمهور .

وقال أبو ثور : الحمالة والكفالة واحدة ، ومن ضمن عن رجل مالاً لزمه وبرئ المضمون ، ولا يجوز أن يكون مال واحد على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة [١] .

ومن الحجة لمن رأى أن الطالب يجوزله مطالبة الضامن ، كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً ، غنياً أو عديماً ، حديث قبيصة بن المخارقي قال : « تحملت حمالة فأتيت النبي ﷺ فسألته عنها ، فقال : نخرجها عنك من إبل الصدقة ... ياقَبِيصَةُ إن المسألة لا تحل إلا في ثلاث ، وذكر رجلاً تحمل حمالة رجل حتى يؤديها » [٢] ووجه الدليل من هذا أن النبي ﷺ أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه .

وأما محل الكفالة فهي الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أعني كفالة المال وكفالة الوجه ، وسواء تعلقت الأموال من قبل أموال أو من قبل حدود ، مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس يتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب أو

---

(١) انظر لمذهب أحمد (المغني ٦٠٥/٤) وهو مذهب الشافعي . انظر (المجموع ٢٤/١٣) .

(٢) حديث قبيصة رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وأحمد .

من غير ذلك . وروي عن أبي حنيفة إجازة الكفالة في الحدود والقصاص ، أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي : أعني كفالة النفس .

وأما وقت وجوب الكفالة بالمال أعني مطالبته بالكفيل ، فأجمع العلماء على أن ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول إما بإقرار وإما ببينة .

وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه ، فاختلفوا هل تلزم قبل إثبات الحق أم لا ؟ فقال قوم : إنها لا تلزم قبل إثبات الحق بوجه من الوجوه ، وهو قول شريح القاضي والشعبي ، وبه قال سحنون من أصحاب مالك .

وقال قوم : بل يجب أخذ الكفيل بالوجه على إثبات الحق ، وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك ؟ وإلى كم من المدة يلزم ؟ فقال قوم : إن أتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه أن يعطي ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه وإلا لم يلزمه الكفيل إلا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلاً من الخمسة الأيام إلى الجمعة ، وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك ، وقال أهل العراق : لا يؤخذ عليهم حميل قبل ثبوت الحق إلا أن يدعي بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم ، إلا أنهم حدوا ذلك بالثلاثة الأيام يقولون إنه إن أتى بشبهة لزمه أن يعطيه حميلاً حتى يثبت دعواه أو تبطل ، وقد أنكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعي البينة الحاضرة والغائبة ، وقالوا : لا يؤخذ حميل على أحد إلا ببينة ، وذلك إلى بيان صدق دعواه أو إبطالها .

وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك ، فإنه إذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه ، وإذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ، ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة .

وروي عن عراك بن مالك قال « أقبل نفر من الأعراب معهم ظهر

فصحبهم رجلان فباتا معهم ، فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين : « اذهب واطلب » وحبس الآخر ، فجاء بما ذهب ، فقال رسول الله ﷺ لأحد الرجلين : استغفر لي ، فقال : غفر الله لك ، قال : وأنت فغفر الله لك وقتلك في سبيله »[١] خَرَّجَ هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه ، قال : وحمله بعض العلماء على أنَّ ذلك كان من رسول الله ﷺ حبساً قال : ولا يعجبني ذلك ، لأنه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى ، وإنما هو عندي من باب الكفالة بالحق الذي لم يجب إذ كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم .

فأما أصناف المضمونين فليس يلحق مِنْ قِبَلِ ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان الميت إذا كان عليه دين ولم يترك وفاءً بدينه ، فأجازه مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز . واستدل أبو حنيفة من قِبَلِ أن الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً ، وليس كذلك المفلس .

واستدل من رأى أن الضمان يلزمه بما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الإسلام لا يصلي على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه[٢] .

---

(١) حديث أنه قال لأحد الرجلين : « اذهب ، واطلب ، وحبس الآخر .. » رواه أبو داود ، والنسائي .

(٢) حديث أنه ﷺ لم يصل على جنازة من كان عليه دين . رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن حبان من حديث جابر .
ورواه البخاري من حديث سلمة بن الأكوع مطولاً . وزاد أحمد ، والدارقطني ، والحاكم : أن النبي ﷺ قال لأبي قتادة لما قضى عنه دينه « الآن بردت عليه جلده » وفي رواية « قبره » ورواه النسائي ، والترمذي ، وصححه من حديث أبي قتادة بدون تعيين ، وابن ماجة ، وأحمد ، وابن حبان من حديثه بتعيينه : سبعة عشر درهماً ، وفي رواية لابن حبان : ثمانية عشر . وروى ابن حبان أيضاً من حديث أبي قتادة : أن الدين كان دينارين . وروي الحديث عن أبي سعيد ، وأن الذي قضى عنه دينه علي ، وأن الدين كان درهمين . انظر (التلخيص ٤٨/٣) . =

والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ، ولا يصح عند أبي حنيفة [١] .

وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك لا يشترط ذلك [٢] ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذي لم يجب بعد ، وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه [٣] . وأما ما تجوز فيه الحمالة بالمال

= وقال بصحة الضمان عن الميت أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لا يصح ضمان دين الميت ، إلا أن يخلف وفاء ، فإن خلف بعض الوفاء ، صح ضمانه بقدر ما خلف . انظر (المغني ٥٩٣/٤) .

(١) وممن قال بصحة كفالة المحبوس ، والغائب : أحمد . انظر (المغني ٦١٦/٤) .

(٢) وحاصل هذه المسألة أنه إذا قضى الدين متبرعاً به غير ناوٍ للرجوع به ، فلا يرجع بشيء ، لأنه يتطوع بذلك . أشبه الصدقة ، وسواء ضمن بأمره ، أم بغير أمره ، فأما إذا أداه بنية الرجوع به ، لم يخل من أربعة أحوال :

أحدها : أن يضمن بأمر المضمون عنه ، ويؤدي بأمره ، فإنه يرجع عليه ، سواء قال له : اضمن عني ، أو أدِّ عني ، أو أطلق . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو يوسف ، وقال أبوحنيفة ، ومحمد : إن قال : اضمن عني ، وانقد عني ، رجع عليه ، وإن قال : انقد هذا لم يرجع ، إلا أن يكون مخالطاً له ، يستقرض منه ، ويودع عنده ، لأن قوله : اضمن عني وانقد عني إقرار منه بالحق ، وإذا أطلق ذلك ، صار كأنه قال : هب لهذا ، أو تطوع عليه .

الحال الثاني : ضمن بأمره ، وقضى بغير أمره ، فله الرجوع أيضاً وهو قول أحمد ، ومالك ، والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والثاني لا يرجع به .

الحال الثالث : ضمن بغير أمره ، وقضى بأمره ، فله الرجوع أيضاً عند أحمد ، وظاهر مذهب الشافعي : أنه لا يرجع .

الحال الرابع : ضمن بغير أمره ، وقضى بغير أمره ، ففيه روايتان عن أحمد :

إحداهما : يرجع بما أدى ، وهو قول مالك ، وعبد الله بن الحسن ، وإسحق .

والثانية : لا يرجع بشيء ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر . انظر (المغني ٦٠٧/٤ ، ٦٠٨) .

(٣) كفالة المجهول جائزة عند أبي حنيفة ، ومالك ، وأحمد .

وقال الثوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وابن المنذر : لا يصح ، لأنه التزام مال ، فلم يصح مجهولاً ، كالثمن في البيع . وحجة القول الأول قوله تعالى : ﴿ **وَلِمَن جَاءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ** ﴾ وحمل البعير غير معلوم .

ومثل ذلك الخلاف في الحق الذي لم يجب بعد . انظر (المغني ٥٩٢/٤) .

مما لا تجوز ، فإنها[١] تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة إلا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير ، وما يستحق شيئاً فشيئاً مثل النفقات على الأزواج ، وما شاكلها .

* * *

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (فإنها لا تجوز) والصواب ما أثبتناه .
ويصح عند أحمد ضمان الجعل في الجعالة ، وفي المسابقة ، والمناضلة . وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : لا يصح ضمانه ، لأنه يئول إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه كمال الكتابة .
وحجة القول الأول قوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ ولأنه يؤول إلى اللزوم ، إذا عمل العمل ، وإنما الذي لا يلزم العمل ، والمال يلزم بوجوده ، والضمان للمال دون العمل ويصح كذلك عند أحمد ضمان أرش الجناية ، سواء كانت نقوداً أم حيواناً كالدّيات .
وقال الشافعي : لا يصح ضمان الحيوان الواجب ، لأنه مجهول كقيم المتلفات .
ولا يصح ضمان مال الكتابة في إحدى الروايتين عن أحمد ، وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم ، والرواية الثانية عن أحمد يصح ، قال ابن قدامة : والأولى أصح .
ويصح ضمان الأعيان المضمونة كالمغصوب ، والعارية عند أحمد ، وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي في أحد القولين ، والآخر لا يصح . انظر (المغني ٥٩٤/٤) .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحوالة *

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين ، لقوله عليه الصلاة والسلام « مطل الغني ظلم وإذا أحيل أحدكم على غني فليستحل » [١] . والنظر في شروطها وفي حكمها ، فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه ، فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه ، وهو مالك ، ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ، ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه ، وهو نقيض مذهب مالك ، وبه قال داود [٢] ،

---

* الحوالة بفتح الحاء وقد تكسر ، وهي عند الفقهاء : « نقل دين من ذمة إلى ذمة » .
وهي ثابتة بالسنة ، والإجماع .

(١) الحديث متفق عليه قال الصنعاني : (مطل الغني) إضافة المصدر إلى الفاعل ، أي مطل الغني غريمه ، وقيل : إلى المفعول ، أي مطل الغريم للغني (ظلم) وإذا كان مطل الغني ظلماً ، فبالأولى الفقير . و (إذا أتبع) بضم الهمزة ، وسكون المثناة الفوقية ، وكسر الموحدة (أحدكم على مليء) مأخوذ من الملاء بالهمزة ، يقال : ملؤ الرجل ، أي صار مليئاً ، (فليتبع) بإسكان المثناة الفوقية ، مبني للمجهول كالأول ، أي إذا أحيل ، فليحتل . انظر (سبل السلام) وانظر (الفتح ٣٦٧/٤) وجاء في (إرشاد الساري) بالمبني للمعلوم (فَلْيَتْبع) بفتح الياء .

(٢) عند أحمد لا يعتبر رضا المحتال ، والمحال عليه . وقال أبو حنيفة : يعتبر رضاهما ، لأنها معاوضة ، فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال الشافعي ، ومالك : يعتبر رضا المحتال ، لأن حقه في ذمة المحيل ، فلا يجوز نقله إلىغيرها بغير رضاه ، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً ، فأما المحال عليه ، فقال مالك : لا يعتبر رضاه ، إلا أن يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان : **أحدهما** : يعتبر ، وهو يحكى عن الزهري ، لأنه أحد من تتم به الحوالة ، فأشبه المحيل . **والثاني** : لا يعتبر ، لأنه أقامه في القبض مقام نفسه ، فلم يفتقر إلى رضا من عليه الحق ، كالتوكيل . انظر (المغني ٥٨٣/٤) وأقرب الأقوال للصواب والله أعلم من قال : يعتبر رضا المحتال ، لأنه صاحب الحق .

فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ، ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل إذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحداً .

وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « إذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع » والأمر على الوجوب ، وبقي المحال عليه على الأصل ، وهو اشتراط اعتبار رضاه .

ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً ، إلا أن منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام ، والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفى ، لأنه باع الطعام الذي كان له على غريمه بالطعام الذي كان عليه ، وذلك قبل أن يستوفيه من غريمه ، وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين المحال حالاً .

وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالين ، وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين المحال به حالاً ، ولم يفرق بين ذلك الشافعي ، لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وإنما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى .

وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم [1] . والمسألة مبنية على أن ما شذ عن الأصول

---

(١) مذهب أحمد يجب تماثل الجنس ، فيحيل من عليه ذهب بذهب ، ومن عليه فضة بفضة ، فلو أحال من عليه ذهب بفضة ، أو من عليه فضة بذهب ، لم يصح . وكذلك عنده الصفة ، فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه مصرية بأميرية ، لم يصح ، ومثل ذلك العملات الموجودة المختلفة اليوم . كذلك يشترط الحلول ، والتأجيل ، فيعتبر اتفاق أجل المؤجلين وهو مذهب الشافعي فيما ذكرنا . انظر (المجموع ١٢/٤٣٢) .

هل يقاس عليه أم لا ؟ والمسألة مشهورة في أصول الفقه ، وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط [١] :

أحدها : أن يكون دين المحال حالاً ، لأنه إن لم يكن حالاً كان ديناً بدين .

والثاني : أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة ، لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم يكن حوالة ، فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع ، وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين .

والشرط الثالث : أن لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم ، وإذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الآجال أو لم تحل ، أو حل أحدهما ولم يحل الآخر ، لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا ، لكن أشهب يقول : إن استوت رؤوس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية ، وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل المحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ، ومنزلته في الدين الذي أحال به ، وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره ، أعني أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحال مع الذي أحاله عليه ، ومثال ذلك إن

---

(١) أما عند أحمد فشروط صحة الحوالة أربعة :

الأول : تماثل الحقين من حيث الجنس ، والصفة ، والحلول ، والتأجيل .

الثاني : أن تكون على دين مستقر .

الثالث : أن تكون بمال معلوم .

الرابع : أن يحيل برضاه .

فإذا اجتمعت هذه الشروط ، برئت ذمة المحيل .

وهذه الشروط هي الشروط عند الشافعي . انظر (المغني ٤/٥٧٧) و (المجموع مع المهذب ١٢/٤٢٨) وما بعدها .

احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم ، أو بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غيره قبل قبضه منه ، لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرضٍ في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في أنه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل أن يستوفيه لكونه طعاماً من بيع ، وإن كان احتال بطعام مِنْ سَلَمٍ في طعام من قَرْضٍ نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله ، أعني أنه ما كان يجوز له أن يبيع الطعام الذي كان على غريمه المحيل له قبل أن يستوفيه ، كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذي أحيل عليه وإن كان مِنْ قرض ، وهذا كله مذهب مالك ، وأدلة هذه الفروق ضعيفة .

وأما أحكامها فإن جمهور العلماء على أن الحِوَالة ضد الحمالة ، في أنه إذا أفلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدَّيْنِ على المحيل بشيء ، قال مالك وأصحابه : إلا أن يكون المحيل غره فأحاله على عديم ، وقال أبو حنيفة : يرجع صاحب الدَّيْن على المحيل إذا مات عليه مفلساً أو جحد الحوالة وإن لم تكن له بينة ، وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة [1] . وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة .

* * *

---

(١) إذا أحال بالحق ، انتقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وبرئت ذمة المحيل ، وهذا قول العلماء كافة .

وقال زفر : لا ينتقل الحق من ذمة المحيل ، وله أن يطالب أيهما شاء .

وعند الشافعي إذا ثبت أن الحق انتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فإن الحق لا يعود إلى ذمة المحيل بإفلاس المحال عليه ، ولا بموته ، ولا بجحوده ، ويمينه . وبه قال مالك ، وأحمد ، والليث . وروي ذلك عن علي رضي الله عنه .

وقال أبو حنيفة : يرجع إليه في حالين : إذا مات المحال عليه مُفْلِساً ، وإذا جحد الحق ، وحلف ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يرجع إليه في هذين الحالين ، وفي حالة ثالثة ، وهي إذا أفلس المحال عليه ، وحُجِرَ عليه . وقال الحكم : يرجع عليه في حالة واحدة ، وهي إذا مات المحال عليه مفلساً ، وأيس من الوصول إلى حقه ، انظر (المجموع ٤٣٧/١٢) .

ولعل قول أبي حنيفة أقرب للصواب . والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوَكَالة *

وفيها ثلاث أبواب : **الباب الأول** : في أركانها ، وهي النظر فيا فيه التوكيل ، وفي الموكل . **والثاني** : في أحكام الوكالة . **والثالث** : في مخالفة الموكل للوكيل .

---

* تعريف الوكالة لغة : هي الحفظ ، قال تعالى : ﴿ **وقالوا حَسْبُنا اللهُ وَنِعْمَ الوَكِيلُ** ﴾ أي نعم الحافظ .
وفي الشرع : هي تفويض التصرف ، والحفظ إلى الوكيل .

الباب الأول

في أركانها

وهي النظر فيما فيه التوكيل ، وفي الموكِّلِ ، وفي الموكَّلِ [١]

الركن الأول : في الموكل . واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لأمور أنفسهم . واختلفوا في وَكالةِ الحاضر الذَّكَرِ الصحيح . فقال مالك : تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة إلا أن تكون برزة [٢] . فمن رأى أن الأصل لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير إلا ما دعت إليه الضرورة وانعقد الإجماع عليه قال : لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته . ومن رأى أن الأصل هو الجواز قال : الوكالة في كل شيء جائزة إلا فيما أجمع على أنه لا تصح فيه مِن العبادات وما جرى مجراها .

* * *

الركن الثاني : في الوكيل . وشرط الوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشيء الذي وُكِّلَ فيه ، فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح . أما عند الشافعي فلا بمباشرة ولا بواسطة : أي بأن توكل هي من يلي عقد النكاح . ويجوز عند مالك بالواسطة الذَّكَرِ [٣] .

---

(١) الموكل الأولى بكسر الكاف ، وهو صاحب التوكيل ، والثانية : بفتح الكاف ، وهو من وكله بالمهمة .

(٢) وبقول مالك ، والشافعي قال أحمد ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : للخصم أن يمنع من محاكمة الوكيل ، إذا كان الموكل حاضراً ، لأن حضوره مجلس الحكم ، ومخاصمته حق لخصمه عليه ، فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه كالدَّيْنِ عليه . انظر (المغني ٩٠/٥) .

(٣) انظر لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ١٣٦/١٣) .

الركن الثالث : فيما فيه التوكيل . وشرط محل التوكيل أن يكون قابلاً للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشِّرِكَة والوكالة والمصارفة والجاعلة والمساقاة والطلاق والنكاح والخُلْع والصُّلْح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالصدقة والزكاة والحج . وتجوز عند مالك في الخصومة على الإقرار والإنكار ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا تجوز على الإقرار ، وشبه ذلك بالشهادة والأيمان ، وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك ، وعند الشافعي مع الحضور قولان . والذين قالوا إنْ الوكالة تجوز على الإقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الإقرار أم لا ؟ فقال مالك : لا يتضمن . وقال أبو حنيفة : يتضمن [١] .

* * *

الركن الرابع : وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالإيجاب والقبول كسائر العقود ، وليست هي من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد . وهي ضربان عند مالك : عامة وخاصة ، فالعامة هي التي تقع عنده بالتوكيل العام الذي لا يُسمَّى فيه شيء دون شيء ، وذلك أنه إنْ سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض ، وقال الشافعي : لا تجوز الوكالة بالتعميم وهي غَرَرٌ ، وإنما يجوز منها ما سُمِّي وحُدِّدَ ونُصَّ عليه ، وهو الأقيس إذ كان الأصل فيها المنع ، إلا ما وقع عليه الإجماع [٢] .

* * *

---

(١) وبقول مالك في الإقرار قال أحمد ، ولأصحاب الشافعي وجهان : **أحدهما** : لا يجوز التوكيل فيه ، ولا يصح التوكيل عند أحمد والشافعي في الشهادات ، ولا يصح في الإيلاء عند أحمد ، ولا القَسَامة ، واللِّعان ، ولا في الأيمان ، والنذور . انظر (المغني ٩٢/٥) .

(٢) لا تصح الوكالة العامة عند أبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد . وقال ابن أبي ليلى : يصح ، ويملك به كل ما تناوله لفظه ، لأنه لفظ عام ، فيصح فيما يتناوله ، كما لو قال : بع مالي كله . وللقول الأول أن في ذلك غَرَراً عظيماً ، وخطراً كبيراً .

الباب الثاني

في الأحكام

وأما الأحكام : فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل . فأما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع ، لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل ، وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا : إلا أن تكون وكالة في خصومة . وقال أصبغ : له ذلك ما لم يشرف على تمام الحكم ، وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لا يجوز أن يعزله الموكل ، وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : ذلك من شروطه . وكذلك ليس من شرط إثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك . وقال الشافعي : من شرطه .

واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين . فإذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل ، فمتى يكون الوكيل معزولا ، والوكالة منفسخة في حق مَنْ عامله ؟ في المذهب فيه ثلاثة أقوال : **الأول** : أنها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل . **والثاني** : أنها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم . فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . **والثالث** : أنها تنفسخ في حق عامل الوكيل بعلم الوكيل وإنْ لم يعلم هو ، ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله إذا لم يعلم الوكيل ، ولكن من دفع إليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه ، لأنه دفع إلى من يعلم أنه يعلم أنه ليس بوكيل [1] .

---

(١) جاء في المغني : للموكل عزل وكيله متى شاء ، وللوكيل عزل نفسه ، لأنه أذن في التصرف ، فكان لكل واحد منهما إبطاله .. وتبطل كذلك بموت أحدهما ، أيها كان ، وجنونه المطلق ، قال : ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم ، فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل ، أو موته ، فهو باطل ، إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ، ولا موت الموكل ، فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعي فيه قولان ، وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة أنه ينعزل ، علم ، أو لم يعلم ، ومتى

وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة : أحدها إذا وُكِّلَ على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه ؟ فقال مالك : يجوز . وقد قيل عنه : لا يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وكذلك عند مالك الأب والوَصِيّ [١] ومنها إذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك أن يبيع إلا بثمن مثله نقداً بنقد البلد ، ولا يجوز إن باع نسيئة ، أوبغير نقد البلد ، أو بغير ثمن المثل ، وكذلك الأمر عنده في الشراء ، وفَرَّقَ أبو حنيفة بين البيع والشراء لمَعَيَّنٍ فقال : يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل ، وأن يبيع نسيئة ، ولم يجز إذا وكله في شراء عبدٍ بعينه أن يشتريه إلا بثمن المثل نقداً ، ويشبه أن يكون أبو حنيفة إنما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه ، لأن من حُجَّته أنه كما أن الرجل قد يبيع بأقل من ثمن مثله ونساءً لمصلحة يراها في ذلك كله ، كذلك حكم الوكيل إذ قد أنزله منزلته ، وقول الجمهور أبين ، وكل ما يعتدي فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى ، وإذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالمِلْك ينتقل إلى الموكل ، وقال أبو حنيفة : إلى الوكيل أولاً ثم إلى الموكل [٢] . وإذا دفع الوكيل دَيْناً عن الموكِل ولم يُشْهِدْ فأنكر الذي له الدَّيْن القبض ضمن الوكيل .

= تصرف ، فتصرفه باطل ، والرواية الثانية عن أحمد : لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل ، وعزله . نص عليه في رواية جعفر بن محمد .

وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل ، فلا ينعزل قبل علمه ، وإن عزل الوكيل نفسه ، لم ينعزل إلا بحضرة الموكل . انظر (المغني ١٢٤/٥) .

(١) عند الشافعي ، وأحمد ، وأبي حنيفة شراء الوكيل لنفسه غير جائز . وكذلك الوصي .
وحكي عن الأوزاعي ـ كمالك ـ أنه يجوز .
والرواية الثانية عن أحمد أنه يجوز لهما أن يشتريا بشرطين :
أحدهما : أن يزيدا على مبلغ ثمنه في النداء .
والثاني : أن يتولى النداء غيره . قال القاضي : يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره النداء واجباً ، ويحتمل أن يكون مستحباً . انظر (المغني ١١٧/٥) .

(٢) وبقول مالك قال الشافعي ، وأحمد : إنه ينتقل إلى الموكل ، وقال أبو حنيفة : ينتقل إلى مِلْك الوكيل ، ثم ينتقل إلى ملك الموكل .انظر (المصدر السابق ١٤١/٥) .

الباب الثالث

مخالفة الموكل للوكيل

وأما اختلاف الوكيل مع الموكِل، فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل، وقد يكون في دفعه إلى الموكِل، وقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى إذا أمره بثمن محدود، وقد يكون في المثمون، وقد يكون في تعيين مَنْ أمره بالدفع إليه، وقد يكون في دعوى التعدي. فإذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني، وقال الموكِل لم يَضِعْ، فالقول قول الوكيل إن كان لم يقبضه ببينة، فإن كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يُشْهِدِ الغريمُ على الدفع لم يبرأ الغريم بإقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانيةً، وهل يرجع الغريم على الوكيل؟ فيه خلاف، وإن كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شيء. وأما إذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته إليك، وقال الموكل: لا، فقيل القول قول الوكيل. وقيل القول قول الموكِل. وقيل إنْ تباعد ذلك فالقول قول الوكيل (١).

---

(١) إذا اختلف الوكيل والموكل، لم يخل من ستة أحوال:

أحدها: أن يختلفا في التلف، فيقول الوكيل تلف مالك في يدي، فيكذبه الموكل، فالقول قول الوكيل مع يمينه عند أحمد، والشافعي، لأنه أمين. وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه، فلا يكلف ذلك كالمودع، إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالحريق، والنهب، وشبههما، فعليه إقامة البينة.

الثانية: أن يختلفا في تعدي الوكيل، أو تفريطه في الحفظ، ومخالفته أمر موكله، فالقول قول الوكيل كذلك مع يمينه.

الحالة الثالثة: أن يختلفا في التصرف، فيقول الوكيل: بعت الثوب، وقبضت الثمن، فتلف، فيقول الموكل: لم تبع، ولم تقبض، فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد من الحنابلة، وهو قول أبي حنيفة. ويحتمل أن لا يقبل قوله عند أحمد، وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي.

الحالة الرابعة: أن يختلفا في الرد، فيدعيه الوكيل، فينكره الموكل، فإن كان بغير جعل، فالقول قول الوكيل، لأنه قبض المال لنفع مالكه، فكان القول قوله كالمودع، وإن كان بجعل، ففيه وجهان في مذهب أحمد: **أحدهما**: أن القول قوله، لأنه وكيله، فكان القول قوله. **والثاني**: لا يقبل قوله، لأنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله.

وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء ، فقال ابن القاسم : إن لم تفت السلعة فالقول قول المشتري ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وإن فاتت بالقيمة . وإن كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع ، فعند ابن القاسم أن القول فيه قول الموكل ، لأنه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء .

وأما إذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان : المشهور أن القول قول المأمور ، وقيل القول قول الآمر . وأما إذا فعل الوكيل فعلاً هو تَعَدٍّ وزعم أن الموكل أمره ، فالمشهور أن القول قول الموكِل وقد قيل إنَّ القول قول الوكيل إنه قد أمره لأنه قد ائتمنه على الفعل .

* * *

= الحالة الخامسة : إذا اختلفا في أصل الوكالة ، فقال : وكلتني ، فأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، لأن الأصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنه أمينه ، ليقبل قوله عليه . ولو قال : وكلتك ، ودفعت إليك مالاً ، فأنكر الوكيل ذلك كله ، أو اعترف بالتوكيل ، وأنكر دفع المال إليه ، فالقول قوله كذلك .

الحالة السادسة : أن يختلفا في صفة الوكالة ، فيقول : وكلتك في بيع هذا البيت ، قال : بل وكلتني في بيع هذا البيت ، أوقال : وكذلك في البيع بألفين ، قال : بل بألف ، فقال القاضي من الحنابلة : القول قول الموكل ، وهو مذهب الشافعي ، وأبي حنيفة ، وابن المنذر .

وحكي عن مالك : إن أدركت السلعة ، فالقول قول الموكل ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل . انظر (المغني ١٠٣/٥) وما بعدها .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب اللُّقَطَةِ *

والنظر في اللقطة في جملتين : **الجملة الأولى** : في أركانها . **والثانية** : في أحكامها .

الجملة الأولى : والأركان ثلاثة : الالتقاط ، والمُلْتَقِطُ ، واللُّقَطَة . فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك ؟ فقال أبو حنيفة : الأفضل الالتقاط ، لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم . وبه قال الشافعي ، وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط ، وروي عن ابن عمر وابن عباس ، وبه قال أحمد ، وذلك لأمرين : **أحدهما** ما روي أنه ﷺ قال « ضالة المؤمن حرق النار »[(١)] ولما يُخَافُ أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها ، وتَأَوَّلَ الذين رأوا الالتقاط أَوَّلَ الحديث وقالوا : أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف ، وقال قوم : بل لَقْطُها واجب .

وقد قيل إنَّ هذا الاختلاف إذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والإمام عادل . قالوا : وإن كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والإمام عادل فواجب التقاطها . وإن كانت بين قوم مأمونين والإمام جائر فالأفضل إن لا يلتقطها . وإن كانت بين قوم غير مأمونين والإمام غير عادل فهو مخير

* اللقطة : بضم اللام ، وفتح القاف . قيل : لا يجوز غيره ، وقال الخليل ، القاف ساكنة ، لا غير ، وأما بفتحها ، فهو اللاقط . قيل : وهذا هو القياس ، إلا أنه أجمع أهل اللغة على ذلك . والحديث على الفتح ، ولذا قيل : لا يجوز غيره .

أما في الشرع : فهي « المال الضائع من ربه ، يلتقطه غيره » .

(١) انظر ما ذكره المؤلف من مذاهب العلماء (سبل السلام ٩٢/٣) وقد أخرج هذا الحديث البيهقي في السنن الكبرى عن الجارود العبدي ، وأخرجه الطحاوي كذلك عن الجارود .

بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين ، وهذا كله ما عدا لُقَطَةِ الحاج ، فإن العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك [١] ، ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها إلا لمنشِد لورود النص في ذلك [٢] ، والمروي في ذلك لفظان :

أحدهما : أنه « لا ترفع لقطتها إلا لمنْشِد » . **والثاني** : « لا يرفع لقطتها إلا مُنْشِد » ، فالمعنى الواحد أنها لا ترفع إلا لمن يُنْشِدُها ، والمعنى الثاني لا يلتقطها إلا مَنْ ينشدها ليعرف الناس . وقال مالك : تُعَرَّفُ هاتان اللقطتان أبداً .

فأما الملتقِط فهو كل حر مسلم بالغ لأنها ولاية ، واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر . قال أبو حامد : والأصح جواز ذلك في دار الإسلام . قال : وفي أهلية العبد والفاسق له قولان : فوجه المنع عدم أهلية الولاية ، ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة [٣] .

---

(١) حديث النهي عن التقاط لقطة الحاج رواه مسلم بلفظ « أن النبي ﷺ نهى عن لقطة الحاج » عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي ، انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٩٤/٣) .

(٢) حديث النهي عن لقطة مكه رواه البخاري عن أبي هريرة بلفظ « إنها لا تحل لقطتها إلا لمنشد » .

قال الصنعاني : حمله الجمهور على أنه نهي عن التقاطها للتملك ، لا للتعريف بها ، فإنه يحل ، قالوا : وإنما اختصت لقطة الحاج بذلك لإمكان إيصالها إلى أربابها ، لأنها إن كانت لمكي ، فظاهر ، وإن كانت لآفاقي ، فلا يخلو أفق في الغالب من وارد منه إليها ، فإذا عَرَّفَها واجدها في كل عام سهل التوصل إلى معرفة صاحبها . قاله ابن بطال .

وقال جماعة : هي كغيرها من البلاد ، وإنما تختص مكة بالمبالغة في التعريف ، لأن الحاج يرجع إلى بلده ، وقد لا يعود ، فاحتاج الملتقط إلى المبالغة في التعريف بها ، والظاهر القول الأول ، وأن حديث النهي هذا مقيد بحديث أبي هريرة بأنه لا يحل التقاطها إلا لمنشد ، فالذي اختصت به لقطة مكة أنها لا تلتقط إلا للتعريف بها أبداً ، فلا يجوز للتملك ، ويحتمل أن هذا الحديث في لقطة الحاج مطلقاً في مكة ، وغيرها ، لأنه مطلق ، ولا دليل على تقييده بكونها في مكة . انظر (سبل السلام ٩٤/٣) .

(٣) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ١٧٢/١٤) وما بعدها .

وأما اللقطة بالجملة فإنها كل مال لمسلم مُعَرَّضٍ للضياع كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها ، والجماد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل باتفاق . والأصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني . وهو متفق على صحته أنه قال « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن اللقطة . فقال : اعرف عفاصها ووكاءها ثم عَرِّفْها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، قال : فَضَالَّةُ الغنم يارسول الله ؟ قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب . قال : فضالة الإبل ؟ . قال : مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها تَرِدُ الماءَ وتأكلُ الشَّجَرَ حتى يلقاها رَبُّها »[1] وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلتقط مما لا يُلْتقَطُ . ومعرفة حكم ما يلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مُدَّعِيها .

فأما الإبل فاتفقوا على أنها لا تلتقط . واتفقوا على الغنم أنها تلتقط . وترددوا في البقر . والنص عن الشافعي أنها كالإبل . وعن مالك أنها كالغنم . وعنه خلاف .

* * *

الجملة الثانية : وأما حكم التعريف ، فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة ما لم تكن من الغنم . واختلفوا في حكمها بعد السنة . فاتفق

---

(١) الحديث متفق عليه . انظر (الفتح) و (النيل) و (الوكاء) بكسر الواو والمد : الخيط الذي يشد به الوعاء الذي تكون فيه اللقطة ، يقال : أوكيته إيكاء ، فهو موكأ ، ومن قال الوكا بالقصر ، فهو وهم .

و (عِفاصها) بكسر العين المهملة ، وتخفيف الفاء ، وبعد الألف صاد مهملة ، وهو الوعاء الذي تكون فيه اللقطة ، جلداً كان أو غيره ، وقيل له العفاص أخذاً من العفص : وهو الثني ، لأن الوعاء يثنى على ما فيه . وقد وقع في زوائد المسند لعبد الله بن أحمد في حديث أبي « وخرقتها » بدل عفاصها ، والعفاص أيضاً الجلد الذي يكون على رأس القارورة ، وأما الذي يدخل في فم من جلد ، وغيره ، فهو الصمام بكسر الصاد المهملة ، وحيث يذكر العفاص مع الوعاء ، فالمراد الثاني ، وحيث يذكر العفاص مع الوكاء ، فالمراد به الأول كذا في الفتح .

فقهاء الأمصار مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور : إذا انقضت كان له أن يأكلها إن كان فقيراً ، أو يتصدق بها إن كان غنياً . فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه إياها (١) .

واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد الحول ؟ فقال مالك والشافعي : له ذلك ، وقال أبو حنيفة : ليس له أن يأكلها أو يتصدق بها ، وروي مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال الأوزاعي : إن كان مالاً كثيراً جعله في بيت المال ، وروي مثل قول مالك والشافعي عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة . وكلهم متفقون على أنه إن أكلها ضَمِنَها لصاحبها إلا أهل الظاهر . واستدل مالك والشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » ولم يفرق بين غني وفقير .

ومن الحجة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال : « لَقِيتُ أُوَيْسَ بن كعب فقال : وجدت صرة فيها مائة دينار ، فأتيتُ النبي

(١) التعريف بسنة روي ذلك عن عمر ، وعلي ، وابن عباس . وبه قال ابن المسيب ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو حنيفة وروي عن عمر رواية أخرى أنه يعرفها ثلاثة أشهر . وعنه ثلاثة أعوام . وقال أبو أيوب الهاشمي ما دون الخمسين درهماً يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام . وقال الحسن بن صالح ما دون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام . وقال الثوري في الدرهم يعرفه أربعة أيام . وقال إسحق ما دون الدينار يعرفه جمعة ، ونحوها . انظر (المغني ٥/٦٩٥) .

فإذا عرفها حولاً ، فلم يعرف صاحبها ، ملكها ملتقطها ، وصارت كسائر أمواله غنياً كان الملتقط أو فقيراً ، وروي ذلك عن عمر ، وابن مسعود ، وعائشة رضي الله عنهم . وبه قال عطاء ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وابن المنذر ، وروي ذلك عن علي ، وابن عباس ، والشعبي ، والنخعي ، وطاوس ، وعكرمة .

وقال مالك ، والحسن بن صالح ، والثوري ، وأبو حنيفة : يتصدق بها . فإذا جاء صاحبها خيره بين الأجر ، والغرم ، وقالوا : ليس له أن يمتلكها إلا أن أبا حنيفة قال : له ذلك إن كان فقيراً من غير ذوي القربى . انظر (المغني ٥/٧٠٠) .

ﷺ فقال : عرفها حَوْلاً ، فعرفتها فلم أجد ، ثم أتيته ثلاثاً فقال : احفظ وعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها » وخرج الترمذي وأبو داود « فاستنفقها » [١] .

فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لأصل الشرع ، وهو أنه لا يحل مال امريء مسلم إلا عن طيب نفس منه ، فمن غَلَّبَ هذا الأصل على ظاهر الحديث ، وهو قوله بعد التعريف « فشأنك بها » قال : لا يجوز فيها تصرف إلا بالصدقة فقط على أن يضمن إن لم يُجِزْ صاحب اللقطةِ الصدقةَ ، ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الأصل ورأى أنه مستثنى عنه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها إن جاء صاحبها ، ومن توسط قال : يتصرف بعد العام فيها وإن كانت عيناً على جهة الضمان .

وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها ، فاتفقوا على أنها لا تدفع إليه إذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء ، واختلفوا إذا عرف ذلك هل يحتاج إلى بينة أم لا ؟ فقال مالك : يستحق بالعلامة ، ولا يحتاج إلى بينة ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يستحق إلا ببينة [٢] .

وسبب الخلاف معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث ، فمن غَلَّبَ الأصل قال : لابد من البينة ، ومن غلب ظاهر الحديث قال : لا يحتاج إلى بينة . وإنما اشترط الشهادة في ذلك الشافعي وأبو حنيفة لأن قوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عِفَاصها ووِكَاءها فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها » يحتمل أن يكون إنما أمره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء ، فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع إلى الأصل ، فإن الأصول

---

(١) رواه مسلم ، والترمذي ، وأحمد . انظر (منتقى الأخبار) وفي رواية (فاستنفقها) .
وممن قال لا يردها الكرابيسي صاحب الشافعي ، ووافقه صاحباه البخاري ، وداود بن علي إمام الظاهرية ، لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة . انظر (نيل الأوطار ٣٨٥/٦) .

(٢) وممن قال تدفع إليه بغير بينة أحمد ، وأبو عبيد ، وداود ، وابن المنذر .
وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا يجوز له دفعها إليه إلا ببينة . انظر (المغني ٧٠٩/٥) .

لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها إلا أن تصح الزيادة التي نذكرها بعد ، وعند مالك وأصحابه أن على صاحب اللقطة أن يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد ، قالوا : وذلك موجود في بعض روايات الحديث ، ولفظه « فإن جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها إليه » قالوا : ولكن لا يضره الجهل بالعدد إذا عرف العفاص والوكاء . وكذلك إن زاد فيه .

واختلفوا إن نقص من العدد على قولين . وكذلك اختلفوا إذا جهل الصفة وجاء بالعفاص والوكاء . وأما إذا غلط فيها فلا شيء له . وأما إذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الأخرى فقيل إنه لا شيء له إلا بمعرفتها جميعاً ، وقيل يدفع إليه بعد الاستبراء . وقيل إن ادَّعى الجهالة استُبْرِىء وإن غلط لم تدفع إليه .

واختلف المذهب إذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع إليه بيمين أو بغير يمين ؟ فقال ابن القاسم : بغير يمين . وقال أشهب : بيمين . وأما ضالة الغنم . فإن العلماء اتفقوا على أن لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة « هي لك أو لأخيك أو للذئب » واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟ فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها ، وقال مالك في أشهر الأقاويل عنه : إنه لا يضمن [1] .

وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للأصل المعلوم من الشريعة ، إلا

---

(١) قال ابن قدامة نقلاً عن ابن عبد البر : أجمعوا على أن ضالة الغنم في المواضع المخوف عليها له أكلها ، والأصل في ذلك قول النبي ﷺ « هي لك ، أو لأخيك ، أو للذئب » فجعلها له في الحال ، وسوى بينه ، وبين الذئب ، والذئب لا يستأني بأكلها ، ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الإنفاق عليها ، وحراسة لماليتها على صاحبها ، إذا جاء ، فإنه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص ، وفي إبقائها تضييع للمال بالإنفاق عليها ، والغرامة في علفها ، فكان أكلها أولى ، ومتى أراد أكلها ، حفظ صفتها ، فمتى جاء صاحبها غرمها له في قول عامة أهل العلم ، إلا مالكاً ، فإنه قال : كلها ، ولا غرم عليك لصاحبها ، ولا تعريف .

قال ابن عبد البر : لم يوافق مالكاً أحد من العلماء على قوله . انظر (المغني ٧٣٧/٥) .

أن مالكاً هنا غَلَّبَ الظاهر فجرى على حكم الظاهر ، ولم يجز كذلك التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا . وعنه رواية أخرى أنه يضمن . وكذلك كل طعام لا يبقى إذا خشي عليه التلف إن تركه . وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام : قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف إن ترك كالشاة في القفر ، والطعام الذي يسرع إليه الفساد . وقسم لا يخشى عليه التلف .

فأما القسم الأول : وهو ما يبقي في يد ملتقِطِه ويخشى عليه التلف . فإنه ينقسم إلى ثلاثة أقسام : **أحدها** : أن يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته ، فهذا لا يُعَرَّفُ عنده وهو لمن وجده .

والأصل في ذلك ما روي « أن رسول الله ﷺ مر بتمرة في الطريق فقال : لولا أن تكون من الصدقة لأكلتها »[1] ولم يذكر فيها تعريفاً ، وهذا مثل العصا والسَّوْط ، وإن كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك . **والثاني** أن يكون يسيراً إلا أن له قَدْراً ومنفعةً ، فهذا لا خلاف في المذهب في تعريفه .

واختلفوا في قدر ما يعرف ، فقيل سنة ، وقيل أياماً . **وأما الثالث** فهو أن يكون كثيراً أوْ له قدر . فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حَوْلاً .

وأما القسم الثاني : وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف ، فإن هذا يأكله غنياً كان أم فقيراً ، وهل يضمن ، فيه روايتان كما قلنا الأشهر أن لا ضمان عليه ، واختلفوا إنْ وجد ما يسرع إليه الفساد في الحاضرة فقيل لا ضمان عليه ، وقيل عليه الضمان ، وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن .

---

(١) الحديث متفق عليه .

وأما القسم الثالث : فهو كالإبل ، أعني أن الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك ، فإن أخذها وجب تعريفها ، والاختيار تركها ، وقيل في المذهب هو عام في جميع الأزمنة ، وقيل إنما هو زمان العدل ، وأن الفضل في زمان غير العدل التقاطها .

وأما ضمانها في الذي تعرف فيه ، فإن العلماء اتفقوا على أن من التقطها وأَشْهَدَ على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن واختلفوا إذا لم يُشْهِدْ ، فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : لا ضمان عليه إن لم يُضَيِّعْ وإن لم يُشْهِدْ ، وقال أبو حنيفة وزفر : يضمنها إنْ هلكت ولم يشهد [1] .

واستدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الإشهاد من الأمانة إلى الضمان ، قالوا : وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره أنه قال : « إنْ جاء صاحبها وإلا فلتكن وديعةً عندك » . واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مُطَرِّفِ بن الشِّخِّيرِ عن عِياضِ بن حِمار قال : قال رسول الله ﷺ « من التقط لُقَطَة فليشهد ذَوَيْ عَدْلٍ عليها ولا يكتم ولا يعنت ، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها ، وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء [2] .

وتحصيل المذهب في ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه : **أحدها** : أن يأخذها على جهة الاغتيال لها . **والثاني** : أن يأخذها على جهة الالتقاط . **والثالث** : أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ، فإن أخذها على جهة الالتقاط فهي أمانة عنده عليه حفظها

---

(١) ممن قال لا يجب الإشهاد عليها عند الالتقاط ، وليس عليه ضمان إذا لم يشهد مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة ، إذا لم يشهد عليها ، ضمنها . واستحب الإشهاد عليها أحمد . انظر (المغني ٧٠٨/٥) وانظر (سبل السلام ٩٤/٣) .

(٢) رواه أحمد ، والأربعة إلا الترمذي ، وصححه ابن خزيمة ، وابن الجارود ، وابن حبان .

وتعريفها ، فإن ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم : يضمن ، وقال أشهب : لا يضمن إذا ردها في موضعها ، فإن ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة ، والقول قوله في تلفها دون يمين إلا أن يُتَّهَمَ .

وأما إذا قبضها مغتالاً لها فهو ضامن لها ، ولكن لا يعرف هذا الوجه إلا من قبله . وأما الوجه الثالث فهو مثل أن يجد ثوباً فيأخذه ، وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه ، فهذا إن لم يعرفوه ولا ادَّعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك .

وتتعلق بهذا الباب مسألة اختلف العلماء فيها ، وهو العبد يستهلك اللقطة ، فقال مالك : إنها في رقبته إما إن يسلمه سيده فيها ، وإما أن يفديه بقيمتها ، هذا إذا كان استهلاكه قبل الحول ، فإن استهلكها بعد الحول كانت دَيْناً عليه ولم تكن في رقبته ، وقال الشافعي : إن علم بذلك السيد فهو الضامن ، وإن لم يعلم بها السيد كانت في رقبة العبد [١] .

واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا ؟ فقال الجمهور : ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشيء من ذلك على صاحب اللقطة [٢] . وقال الكوفيون : لا يرجع بما أنفق إلا أن تكون النفقة عن إذن

---

(١) إن التقط لقطة كانت أمانة في يده بغير تفريط في حول التعريف ، لم يضمن ، وإن تلفت بتفريطه ، أو إتلاف ، وجب ضمانها في رقبته كسائر جناياته ، وإذا عرفها حولاً ، ملكها سيده ، لأن الالتقاط كسب العبد ، وكسبه لسيده ، وللسيد أن يحفظها لدى عبده إن كان أميناً ، وإن كان غير أمين كان السيد مفرطاً بإقرارها في يده ، ولزمه ضمانها . هذا مذهب أحمد . انظر (المغني ٥/٧٧٣) .

وانظر ما ذكره المؤلف لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ١٤/١٧٢) .

(٢) قال ابن قدامة : من رد لقطة ، أو ضالة ، أو عمل لغيره عملاً ، غير رد الآبق بغير جُعْلٍ ، لم يستحق عوضاً ، لا نعلم في هذا خلافاً ، لأنه عمل يستحق به العوض مع المعاوضة ، فلا يستحق مع عدمها كالعمل في الإجارة . انظر (المغني ٥/٧٢٦) .

الحاكم ، وهذه المسألة هي من أحكام الالتقاط ، وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في هذا الباب .

* * *

باب في اللقيط
والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه

وقال الشافعي : كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات ، وفي وجوب الإشهاد عليه خِيفَةَ الاسترقاق خلاف ، والخلاف فيه مبني على الاختلاف في الإشهاد على اللقطة . واللقيط : هو الصبي الصغير غير البالغ ، وإن كان مميزا ، ففيه في مذهب الشافعي تردد ، والملتقِط : هو كل حر عدل رشيد ، وليس العَبْدُ والمُكَاتَبُ بملتقِطٍ ، والكافر دون المسلم ، لأنه لا ولاية له عليه ، ويلتقط المسلم الكافر ، ويُنْزَعُ من يد الفاسق والمبذِّر ، وليس من شرط الملتقط الغنى ، ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه ، وإن أنفق لم يرجع عليه بشيء .

وأما أحكامه فإنه يحكم له بحكم الإسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالإسلام بحكم أبيه عند مالك ، وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وقد اختُلِفَ في اللقيط فقيل إنه عبد لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاؤه لمن التقطه ، وقيل إنه حر وولاؤه للمسلمين ، وهو مذهب مالك ، والذي تشهد له الأصول إلا أن يثبت في ذلك أثر تُخَصَّصُ به الأصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : « ترث المرأة ثلاثة : لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاَعَنَتْ عليه »[1] .

* * *

---

(١) حديث « ترث المرأة ثلاثة .. » رواه أصحاب السنن الأربعة . قال الشوكاني : هذا الحديث في إسناده عمر بن رؤية التغلبي ، قال البخاري : فيه نظر ، وسئل عنه أبو حاتم الرازي ، فقال : صالح الحديث . قيل تقوم به الحجة ؟ فقال : لا ، ولكن صالح .

وقال الخطابي : هذا الحديث ضعيف لجهالة بعض رواته ، وقد صححه الحاكم . وقال الترمذي : حسن لا نعرفه إلا من حديث محمد بن حرب . وراوي الحديث واثلة بن الأسقع لكن بلفظ « المرأة تحوز ثلاثة مواريث : عتيقها ، ولقيطها ، وولدها الذي لاعنت عنه » . انظر (نيل الأوطار ٧٥/٥) .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوديعة *

وَجُلُّ المسائل المشهورة بين فقهاء الأمصار هي في أحكام الوديعة : فمنها أنهم اتفقوا على أنها أمانة لا مضمونة ، إلا ما حكي عن عمر بن الخطاب . قال المالكيون : والدليل على أنها أمانة أن الله أمر برد الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق المُسْتَوْدَع في دعواه رد الوديعة مع يمينه إن كَذَّبَهُ المودِعُ ، قالوا : إلا أن يدفعها إليه ببينة فإنه لا يكون القول قوله ، قالوا : لأنها إذا دفعها إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها ، فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردها ، هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه ، وقد قيل عن ابن القاسم إن القول قوله وإن دفعها إليه ببينة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ، وهو القياس ، لأنه فرق بين التلف ودعوى الرد ، ويبعد أن تنتقض الأمانة ، وهذا فيمن دفع الأمانة إلى اليد التي دفعتها إليه .

وأما من دفعها إلى غير اليد التي دفعتها إليه ، فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد عند مالك وإلا ضمن ، يريد قول الله عز وجل : ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِم** ﴾ [1] فإن أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا ببينة ، وقد قيل إنه يتخرج من المذهب أنه يصدق في ذلك ، وسواء عند مالك أَمَرَ صاحبُ الوديعة بدفعها إلى الذي دفعها

---

* يقال : ودعته ، ادعه وَدْعاً ، تركته ، وأصل المضارع الكسر ، ومن ثم حذفت الواو ، ثم فتح لمكان حرف الحلق . وزعمت النحاة أن العرب أماتت ماضي يدع ، ومصدره ، واسم الفاعل .
واشتقاقها من السكون يقول : ودع يدع ، فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة عنده . وقيل مشتقة من الحفظ ، والدعة ، فكأنها في دعة المودع ، وهي على وزن فعيلة .
أما تعريفها شرعاً : فهي المال الموضوع عند أجنبي ، ليحفظه .

(١) النساء آية ٦ .

أو لم يأمر ، وقال أبو حنيفة : إن كان ادعى دفعها إلى من أمره بدفعها فالقول قول المستودَع مع يمينه ، فإن أقر المدفوع إليه بالوديعة ، أعني إذا كان غير المودع وادّعى التلف فلا يخلو أن يكون المستودع دفعها إلى أمانة وهو وكيل المستودِع أو إلى ذمة ، فإن كان القابض أميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مره : يبرأ الدافع بتصديق القابض ، وتكون المصيبة من الآمر الوكيل بالقبض ، ومرة قال : لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال .

وأما إن دفع إلى ذمة ، مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها إليّ سلفاً أو تسلفاً في سلعة أو ما أشبه ذلك ، فإن كانت الذمة قائمة برئ الدافع في المذهب من غير خلاف ، وإن كانت الذمة خربة فقولان .

والسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تقوي دعوى المدعي حتى يكون القول قوله مع يمينه ، فمن شبه أمانة الذي أمره المودع أن يدفعها إليه ، أعني الوكيل بأمانة المودع عنده قال : يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ، ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال : لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ، ومن رأى المأمور بمنزله الآمر قال : القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومن رأى أنه أضعف منه قال : الدافع ضامن إلا أن يُحْضِرَ القابضُ المالَ ، وإذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على أنه لا يضمن ، وقال الغير : يضمن .

وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعه إلا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد ؟ فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا أنفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك : يسقط عنه الضمان بحالة مثل إذا ردها ، وقال أبو حنيفة : إن ردها بعينها قبل أن ينفقها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن ، وقال عبد الملك والشافعي : يضمن في الوجهين جميعاً ، فمن غَلَّظَ الأَمْرَ ضَمَّنَهُ إياها بتحريكها

ونية استنفاقها ، ومن رَخَّصَ لم يضمنها إذا أعاد مثلها [١] .

ومنها اختلافهم في السفر بها ، فقال مالك : ليس له أن يسافر بها إلا أن تُعْطَى له في سفر ، وقال أبو حنيفة : له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ينهه صاحب الوديعة [٢] ، ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر ، فإن فعل ضمن ، وقال أبو حنيفة : إن أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن ، لأنه شبهه بأهل بيته ، وعند مالك له أن يَسْتَوْدِعَ

---

(١) الوديعة أمانة ، فإذا تلفت بغير تفريط من المودع ، فليس عليه ضمان ، سواء ذهب معها شيء من مال المودع ، أم لم يذهب وهذا قول أكثر أهل العلم . روي ذلك عن أبي بكر ، وعلي ، وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال شريح ، والنخعي ، ومالك ، وأبو الزناد ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد .
وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله ، غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه ضَمَّنَ أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله . قال القاضي من الحنابلة : والأول أصح لمذهب أحمد . انظر (المغني ٣٨٣/٦) .
أما إذا أخذ الوديعة أو بعضها ، فإن رده ، أو مثله ، لم يزل الضمان عنه عند الشافعي ، وأحمد . وقال مالك : لا ضمان عليه ، إذا رده ، أو مثله . وقال أصحاب الرأي إن لم ينفق ما أخذه ، ورده ، لم يضمن ، وإن أنفقه ، ثم رده ، أو مثله ، ضمن . انظر (المصدر السابق ٤٠٠/٦) .

(٢) إن سافر بها ، وقد نهاه المالك عن ذلك ، ضمنها ، وإن لم يكن نهاه ، لكن الطريق مخوف ، أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ، ضمنها ، لأنه فرط في حفظها ، وإن لم يكن كذلك ، فله السفر بها .
هذا مذهب أحمد ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : إن سافر بها مع القدرة على تركها عند صاحبها ، أو وكيله ، أو الحاكم ، أو أمين ، ضمنها ، لأنه يسافر بها من غير ضرورة ، أشبه ما لو كان السفر مخوفاً . انظر (المغني ٣٨٦/٦) وانظر (المهذب مع المجموع ٢٢٣/١٣) وانظر (بدائع الصنائع ٣٨٨٥/٨) لمذهب أبي حنيفة .

ما أُودِعَ عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولدٍ أو أَمَةٍ ومن أشبههم [١] .

وبالجملة فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها مما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم ، فما كان بَيِّناً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه ، وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه ، مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعةً في جيبه فذهبت ، والأشهر أنه يضمن ، وعند ابن وهب أن مَنْ أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان عليه . ويختلف في المذهب ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع أو ينسى مَنْ دفعها إليه ، أو يدعيها رجلان ، فقيل يحلفان وتقسم بينهما ، وقيل إنه يضمن لكل واحد منهما . وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قَدَرَ على دَفْعِها إلى الحاكم أو لم يقدر .

واختلف في ذلك أصحاب الشافعي ، فمنهم من يقول : إنْ أودعها لغير الحاكم ضمن ، وقبول الوديعة عند مالك لايجب في حال ، ومن العلماء من يرى

---

(١) إذا أودعها غيره ، فلها صورتان :

إحداهما : أن يودعها غيره لغير عذر ، فعليه الضمان بغير خلاف في مذهب أحمد ، وهو قول شريح ، ومالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، وإسحق .

وقال ابن أبي ليلى : لا ضمان عليه ، لأن عليه حفظها ، وإحرازها ، وقد أحرزها عند غيره ، وحفظها به .

وللقول الأول : أنه خالف المودع ، فضمنها ، كما لو نهاه عن إيداعها .

الصورة الثانية : إذا كان له عذر مثل أن أراد السفر ، أو خاف عليها عند نفسه من حرق ، أو غرق ، أو غيره ، فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها ، لم يجز له دفعها إلى غيره ، فإن فعل ضمن ، لأنه دفعها إلى غير مالكها من غير إذن منه من غير عذر ، وإن لم يقدر على ردها على صاحبها ، ولا وكيله ، فله دفعها إلى الحاكم ، سواء كان به ضرورة إلى سفر ، أم لم يكن . انظر (المصدر السابق) وانظر (المجموع ٢٢٩/١٣) وانظر (بدائع الصنائع ٣٨٨٣/٨) لمذهب أبي حنيفة .

أنه واجب إذا لم يجد المودِعُ من يودعها عنده ، ولا أجر للمودَعِ عنده على حفظ الوديعة ، وما تحتاج إليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها .

واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور ، وهو فيمن أُودِعَ مالاً فتعدى فيه واتَّجَرَ به فربح فيه ، هل ذلك الربح حلال له أم لا ؟ فقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة إذا رد المال طاب له الربح وإن كان غاصباً للمال فضلاً عن أن يكون مستودعاً عنده . وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن : يؤدي الأصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم : لرب الوديعة الأصل والربح . وقال قوم : هو مخير بين الأصل والربح ، وقال قوم : البيع الواقع في تلك التجارة فاسد ، وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح إذا مات [١] .

فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ، ومن اعتبر الأصل قال : الربح لصاحب المال .. ولذلك لما أمر عمر رضي الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله أن يصرفا المال الذي أسلفهما أبو موسى الأشعري من بيت المال فاتجرا فيه فربحا ، قيل له : لو جعلته قِرَاضاً ، فأجاب إلى ذلك ، لأنه قد روي أنه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء ، وأن ذلك عدل .

* * *

(١) انظر لمذهب مالك ، وأبي حنيفة (قوانين الأحكام الشرعية ص٣٩٤) .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب العارِية *

والنظر في العارية في أركانها وأحكامها ، وأركانها خمسة : الإعارة ، والمعير والمستعير ، والمعار ، والصيغة ، أما الإعارة فهي فعل خير ومندوب إليه ، وقد شدد فيها قوم من السلف الأول : روي عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود أنها قالا في قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ (١) أنه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من الفَأْسِ والدَّلْوِ والحَبْلِ والقِدْرِ وما أشبه ذلك ، وأما المعير فلا يعتبر فيه إلا كونه مالكاً للعارية إما لرقبتها وإما لمنفعتها ، والأظهر أنها لا تصلح من المستعير أعني أن يعيرها .

وأما العارية فتكون في الدور والأرضين والحيوان ، وجميع ما يعرف بعينه إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ، ولذلك لا تجوز إباحة الجواري (٢) للاستمتاع ويكره للاستخدام إلا أن تكون ذات محرم . وأما صيغة الإعارة ، فهي كل لفظ يدل على الاذن ، وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة : أي للمعير أن يسترد عاريته إذا شاء ، وقال مالك في المشهور : ليس له استرجاعها قبل الانتفاع ، وإن شَرَطَ مدة لزمته من المدة ما يرى الناس أنه مدة لمثل

---

* العارية مشتقة من عار الشيء ، إذا ذهب ، وجاء ، ومنه قيل : للبطال عيّار ، لتردده في بطالته ، والعرب تقول : أعاره ، وعاره مثل : أطاعه ، وطاعه ، وهي بتشديد الياء ، وتخفيفها .

وفي الشرع : هي إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال .

(١) الماعون آية ٧ .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية (الجوار) والصواب ما أثبتناه .

تلك العارية ، وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة [١] .

وأما الأحكام فكثيرة ، وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة ؟ فمنهم من قال : إنها مضمونة وإن قامت البينة على تلفها ، وهو قول أشهب والشافعي ، وأحد قولي مالك ، ومنهم من قال نقيض هذا ، وهو أنها ليست مضمونة أصلاً وهو قول أبي حنيفة ، ومنهم من قال : يضمن فيما يُغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ، ولا يضمن فيما لا يُغاب عليه ، ولا فيما قامت البينة على تلفه ، وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر أصحابه [٢] .

وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام لصفوان بن أمية « بل عارية مضمونة مُؤَدّاة » وفي بعضها « بل عارية مؤداة » [٣] وروي عنه أنه قال « ليس على المستعير

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ٢٥٥/١٣) وانظر لمذهب أبي حنيفة (تحفة الفقهاء ٢٨٧/٣) .

ومذهب أحمد كمذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، فله الرجوع فيها سواء كانت مطلقة ، أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه . انظر (المغني ٥/ ٢٢٩) .

(٢) في ضمان العارية ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : أنها مضمونة ، وهو مذهب ابن عباس وأبي هريرة ، وزيد بن علي ، وعطاء ، وأحمد ، وإسحق ، والشافعي ، وعزاه الحافظ إلى الجمهور .

الثاني : لا يجب ضمانها إلا إذا شرط ، وهو قول الهادي ، وقتادة ، والعنبري .

الثالث : أنها لا تضمن ، وإن ضمنت ، وهو قول أبي حنيفة ، والحسن ، والنخعي والأوزاعي ، وشريح . انظر (سبل السلام ٦٦/٣) و (نيل الأوطار ٣٣٤/٥) .

(٣) حديث صفوان رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، والحاكم ، وأورد له شاهداً من حديث ابن عباس ، ولفظه « بل عارية مؤداة » ورواه البيهقي عن أمية بن صفوان مرسلاً ، ورواه الحاكم من حديث جابر ، وأعل ابن حزم ، وابن القطان طرق هذا الحديث . قال ابن حزم : أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية . انظر (نيل الأوطار ٥ / ٣٣٦) .

ضمان »[١] فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ، ومن أخذ بحديث صفوان ابن أمية ألزمه الضمان ، ومن ذهب مذهب الجمع فَرّقَ بين ما يُغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، فحمل هذا الضمان على ما يُغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يُغاب عليه ، إلا أن الحديث الذي فيه « ليس على المستعير ضمان » غير مشهور ، وحديث صفوان صحيح ، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ، ومن فرق قال : الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع ، والعارية لمنفعة القابض .

واتفقوا في الإجارة على أنها غير مضمونة : أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكاً ، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه في الإجارة أن لا يكون ضمان في العارية إنْ سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع ، لأنه إذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتها فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان .

واختلفوا إذا شرط الضمان ، فقال قوم : يضمن ، وقال قوم : لا يضمن ، والشرط باطل[٢] ، ويجيء على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية لأن الشرط يخرج العارية عن حكم العارية إلى باب الإجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعير إلا بأن يخرجها في ضمانه ، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم .

واختلف عن مالك والشافعي إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار إليها ، فقال مالك : المالك بالخيار إن شاء أخذ المستعير بقلع غراسته

---

(١) أخرجه الدارقطني بلفظ « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان » وقال : إنما نروي هذا عن شريح غير مرفوع ، قال الحافظ : وفي إسناده ضعيفان . انظر (النيل ٥/٣٣٣) .

(٢) تقدم قول من قال بهذا .

وبنائه ، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعاً إذا كان مما لـه قيمة بعد القلع ، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعُرْف أو العادة ، وقال الشافعي : إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع ، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يُعْطاه ، أو ينقض بأَرْشٍ ، أو يَتَمَلَّكَ بِبَدَلٍ ، فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير ، فإن أَبَى كُلِّفَ تفريغ المِلْك .

وفي جواز بيعه للنقض عنده خلاف ، لأنه معرَّض للنقض ، فرأى الشافعي أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم ، ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل ، وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط ، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالاً ينقصها عن استعمال المأذون فيه ضَمِنَ ما نقصها بالاستعمال [١] .

واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار ، وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه ، فقال مالك وأبو حنيفة : لا يقضى عليه به إذ العارية لا يقضى بها ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث : يقضى بذلك ، وحجتهم ما خَرَّجه مالك عن ابن شهاب عن الأعرج

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب الشافعي (الروضة ٤/٤٣٨) وهو ما قطع به الإمام الشافعي ، وأبو الحسن العبادي ، والغزالي من الشافعية .

أما عند أبي حنيفة ، فإن كانت مطلقاً فبنى ، وغرس ، فلصاحب الأرض أن يستردها في أي وقت شاء ، وعلى المستعير أن يأخذ غرسه ، وبناءه . وإن كانت مؤقتة فله أيضاً أن يستردها ، والمستعير بالخيار : إن شاء ضمن المعير قيمة غرسه ، وبنائه ، ويترك ذلك عليه ، وإن شاء أخذ غرسه ، وبناءه ، إن لم يضر القلع بأرض المعير ، فأما إذا كان يضر به ، فالخيار للمعير إن شاء أخذ ، وإن شاء رضي بالقطع . انظر (تحفة الفقهاء ٣/٢٨٨) .

وعند أحمد إن فعل شيئاً من ذلك بعد انتهاء المدة ، لزمه قلع غرسه ، وبنائه ، وحكمه حكم الغاصب . ويلزمه القلع ، وتسوية الحفر ، ونقص الأرض ، وسائر أحكام الغصب ، لأنه عدوان . انظر (المغني ٥/٢٢٩) .

عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنعْ أحدُكم جارَه أن يَغرِزَ خشبةً في جداره » ثم يقول أبو هريرة : ما لي أراكم عنها معرضين ، والله لأرْمِيَنَّ بها بين أكتافكم [١] .

(واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضَّحَّاكَ بن قيس) [٢] ساق خليجاً له من العريض ، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد ، فقال له الضحاك : أنت تمنعني وهو لك منفعة ، تسقى منه أولاً وآخراً ولا يضرك ؟ فأبى محمد ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، قال محمد : لا ، فقال عمر : لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك ، فقال محمد : لا ، فقال عمر : والله لَيَمُرَّنَّ به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك [٣] .

وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال : كان في حائط جدي ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد أن يحوله إلى ناحية من الحائط ، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عمر بن الخطاب ، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل [٤] الشافعي مالكاً لإدخاله هذه الأحاديث في موطئه ، وتركه الأخذ بها .

---

(١) من قال ليس للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب في جداره ، ويجبره الحاكم إن امتنع : أحمد ، وإسحق ، وابن حبيب من المالكية ، والشافعي في القديم ، وأهل الحديث .
وقالت الحنفية ، والهادوية ، ومالك ، والشافعي في أحد قوليه ، والجمهور : إنه يشترط إذن المالك ، ولا يجبر صاحب الجدار ، إذا امتنع ، وحملوا النهي على التنزيه جمعاً بينه ، وبين الأدلة بأنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس . وتعقب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقاً ، فيبنى العام على الخاص ، قال البيهقي : لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض هذا الحكم إلا عمومات ، لا يستنكر أن يخصها . انظر (نيل الأوطار ٢٩٣/٥) و (سبل السلام ٥٨/٣) .
وحديث أبي هريرة رواه الجماعة إلا النسائي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار) .

(٢) ما بين القوسين محذوف من نسخة « دار الكتب الإسلامية » .

(٣) رواه مالك في الموطأ بسند صحيح .

(٤) عذل : لام .

وعمـدة مـالـك وأبي حنيفـة قولـه عليـه الصلاة والسـلام : « لا يحـل مـال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منـه » وعنـد الغير أن عموم هـذا مخصص بهـذه الأحاديث ، وبخاصة حديث أبي هريرة . وعند مالك أنها محمولة على النـدب ، وأنـه إذا أمكن أن تكون مختصـة وأن تكـون على النـدب فحملهـا على النـدب أولى ، لأن بنـاء العـام على الخـاص إنمـا يجب إذا لم يمكن بينهما جَمْعٌ ، ووَقَعَ التعارض .

وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمـد بن مسلمـة في الخليج . ويؤخذ بقضائـه لعبـد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع ، وذلـك أنـه رأى أن تحويل الربيع أيسر من أن يمر عليـه بطريق لم يكن قبل . وهـذا القدر كافٍ بحسب غرضنا .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الغَصْبِ *

وفيـه بـابـان : **الأول** : في الضمان ، وفيـه ثلاثـة أركان : **الأول** : الموجب للضمان . **والثاني** : ما فيه الضمان . **والثـالث** : الواجب . **وأمـا البـاب الثـاني** : فهو في الطـوارئ على المغصوب .

---

* الغصب : هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق ، وهو محرم بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .



الباب الاول

في الضمان

الركن الأول : وأما الموجب للضمان ، فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف ، وإما إثبات اليد عليه .

واختلفوا في السبب الذي يحصل بمباشرته الضمان إذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا ؟ وذلك مثل أن يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح . فقال مالك : يضمنه ، هاجه على الطيران أو لم يَهِجْهُ . وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال ، وفرق الشافعي بين أن يَهيجَهُ على الطيران أو لا يهيجه ، فقال : يضمن إن هاجه : ولا يضمن إن لم يهجه [1] .

ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك ، فمالك والشافعي يقولان : إن حفره بحيث أن يكون حَفْرُهُ تعدِّياً ضمن ما تلف فيه وإلا لم يضمن ، ويجيء على أصل أبي حنيفة أنه لا يضمن في مسألة الطائر ، وهل يشترط في المباشرة العمد أو لا يشترط ؟ فالأشهر أن الأموال تضمن عمداً وخطأً ، وإن كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب ، وهل يشترط فيه أن يكون مختاراً ؟ فالمعلوم عند الشافعي أنه يشترط أن يكون مختاراً ، ولذلك رأى على المكره الضمان : أعني المكره على الإتلاف .

* * *

---

(١) إذا فتح قفصاً على طائر ، فطار ، أو حل دابة من رباطها ، فذهبت ضمنها عند مالك ، وأحمد . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : لا ضمان عليه إلا أن يكون أهاجها حتى ذهبا . وقال أصحاب الشافعي : إن وقفا بعد الحل ، والفتح ، ثم ذهبا ، لم يضمنها ، وإن ذهبا عقيب ذلك ففيه قولان .

انظر (المغني ٥/٣٠٣) وانظر (المهذب مع المجموع ١٣/٣٣٩) و (الروضة) .

الركن الثاني : وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال [١] أُتْلِفَت عينه أو تلفت عند الغاصب عَيْنُه بأمرٍ من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك ، وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق ، واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار . فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب . أعني أنها إن انهدمت الدار ضمن قيمتها ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن [٢] .

* * *

الركن الثالث : وهو الواجب في الغصب ، والواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه ، وهذا لا اختلاف فيه ، فإذا ذهبت عينه فإنهم اتفقوا على أنه إذا كان مَكِيلاً أو موزوناً أن على الغاصب المثل ، أعني مثل ما استهلك صِفَةً ووزناً . واختلفوا في العروض فقال مالك : لا يقضي في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استُهلك . وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود : الواجب في ذلك المِثْل ، ولا تلزم

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (كل ميل أتلف) والصواب ما أثبتناه .

(٢) إذا غصب شيئاً من العقار كالأراضي ، والدور ، فإنه يجب ضمانها على غاصبها ، وهذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وبه قال مالك ، والشافعي ، ومحمد بن الحسن .
وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً ، فزرعها ، ثم أصابها غرق من الغاصب ، غرم قيمة الأرض . وإن كان شيئاً من السماء ، لم يكن عليه شيء ، وظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب .
وقال أبو حنيفة ، وأبو يوسف : لا يتصور غصبها ، ولا تضمن بالغصب ، وإن أتلفها ، ضمن بالإتلاف . انظر (المغني ٢٤١/٥) وانظر (سبل السلام ٦٨/٣) .
وحجة القول الأول قوله عليه الصلاة والسلام « من ظلم قيد شبر من الأرض ، طَوَّقَهُ يوم القيامة من سبع أرضين » متفق عليه عن عائشة رضي الله عنها . فأخبر النبي ﷺ أنه يغصب ، ويظلم فيه ، ولأن ما ضمن في البيع ، وجب ضمانه في الغصب كالمنقول .

القيمة إلا عند عدم المثل (١) .

وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي ﷺ : « من أعتق شقصاً له في عبد قُوِّمَ عليه الباقي قيمة العدل »(٢) الحديث ، ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة .

وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى : ﴿ فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ ﴾ (٣) ولأن منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه ، ومن الحجة لهم ما خرجه أبو داود من حديث أنس وغيره « أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، فأخذ النبي ﷺ الكِسْرتين فضم إحداهما إلى الأخرى وجعل فيها جميع الطعام وهو يقول : غارت أمكم كلوا كلوا ، حتى جاءت قصعتها التي في بيتها ، وحبس رسول الله ﷺ القصعة حتى فرغوا ، فدفع الصحفة الصحيحة إلى الرسول ، وحبس المكسورة في بيته » (٤) وفي حديث آخر : « أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الإناء ، وأنها قالت لرسول الله ﷺ : « ما كفارة ما صنعت ؟ قال : إناء مثل إناء ، وطعام مثل طعام » (٥) .

* * *

(١) القيمي فيه ثلاثة أقوال : الأول للشافعي ، والكوفيين أنه يجب المثل حيواناً كان أو غيره ، ولا تجزئ القيمة إلا عند عدمه .

والثاني للهادوية : أن القيمي يضمن بقيمته .

وقال مالك ، والحنفية : ما يكال ، أو يوزن ، فمثله ، وما عدا ذلك من العروض ، والحيوانات ، فالقيمة . انظر (سبل السلام ٦٩/٣) وانظر (تحفة الفقهاء ١٣٩/٣) .

وبهذا يتبين أن قول أبي حنيفة مخالف لما ذكره المؤلف . فتأمل ذلك .

(٢) حديث « من عتق شقصاً له في عبد قوم ، عليه الباقي قيمة العدل » الحديث متفق عليه .

(٣) المائدة آية ٩٥ .

(٤) الحديث رواه البخاري ، والترمذي ، وسمى الضاربة عائشة وزاد « طعام بطعام ، وإناء بإناء » وصححه .

(٥) تقدم تخريج الحديث ، وهو الحديث الذي قبل هذا .

الباب الثاني

في الطوارئ

والطـوارئ على المغصوب إما بزيادة وإما بنقصـان ، وهـذان إمـا من قِبَلِ المخلوق ، وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فإنه ليس له إلا أن يأخذه ناقصاً ، أو يضمنـه قيمتـه يوم الغصب ، وقيل إنَّ لـه أن يأخذه ويضمن الغـاصب قيمـة العيب . وأمـا إن كان النقص بجنـايـة الغـاصب فـالمغصـوب مخير في المـذهب بين أن يضمنـه القيمـة يـوم الغصب أو يـأخـذه ، وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم . وعند سحنون مـا نقصتـه الجنـايـة يـوم الغصب ، وذهب أشهب إلى أنـه مخير بين أن يضمنـه القيمـة أو يـأخـذه ناقصاً ، ولا شيء له في الجناية كالـذي يصـاب بـأمر من السماء ، وإليـه ذهب ابن المواز .

والسبب في هـذا الاختلاف أن من جعل المغصـوب مضمـونـاً على الغـاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حـدث فيـه من نمـاء أو نقصـان ، كأنـه حـدث في مِلْكٍ صحيح ، فأوجب له الغلة ولم يوجب عليـه في النقصـان شيئـاً سواء أكان من سببه أو من عند الله ، وهو قياس قول أبي حنيفة [١] .

---

(١) إن غصب عبداً ، فسمن سمناً ، نقصت به قيمته ، أو كان شاباً ، فصار شيخاً ، أو كانت الجـاريـة ناهداً ، فسقط ثدياها ، وجب أرش النقص ، لا خلاف بين العلماء في ذلك .

وإن كان العبد أمرد ، فنبتت لحيته ، فنقصت قيمته ، وجب ضمان نقصـه ، وبه قال الشـافعي ، وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه ، لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً ، فأشبه الصناعة المحرمة .

وإن نقص المغصـوب نقصـاً غير مستقر كطعـام ابتـل ، وخيف فسـاده أو عفن ، وخشي تلفـه ، فعليه ضمان نقصه . وهو مذهب أحمـد . وهو منصوص الشـافعي . ولـه قول آخر : أنـه لا يضمن وقال القاضي من الحنابلة : لا يلزمه بدله ، لأنه لا يعلم قدر نقصه ، وكلمـا نقص شيء ، ضمنـه ، لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب .

وقال أبو الخطاب من الحنابلة : يتخير صاحبه بين أخذ بدله ، وبين تركـه حتى يستقر فسـاده ، =

وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ، ومن جعل المغصوب مضموناً على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه آخذه بأرفع القيم ، وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان ، سواء أكان من فعله أو من عند الله ، وهو قول الشافعي أو قياس قوله . ومن فرق بين الجناية التي تكون من الغاصب ، وبين الجناية التي تكون بأمر من السماء ، وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم ، فعمدته قياس الشبه ، لأنه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثانٍ متكرر منه ، كما لو جنى عليه وهو في مِلْك صاحبه ، فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه .

وأما إن كانت الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب ، فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجاني ، وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجاني بحكم الجنايات ، فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب ، فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين : جناية تبطل يسيراً من المنفعة ، والمقصود من الشيء باق ، فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية ، وذلك بأن يُقَوَّمَ صحيحاً ويُقَوَّمَ بالجناية ، فيعطى ما بين القيمتين .

= ويأخذ أرش نقصه .

وقال أبو حنيفة : يتخير بين إمساكه ، ولا شيء له ، أو تسليمه إلى الغاصب ، ويأخذ منه قيمته ، لأنه لو ضمن النقص ، لحصل له مثل كيله ، وزيادة ، وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز رديء ، ودرهم . انظر (المغني ٢٥٢/٥) وانظر (الروضة ٦٦/٥) لمذهب الشافعي وإن غصب عبداً ، فقطع أذنيه ، أو يديه ، أو ذكره ، أو أنفه أو خصيته ، لزمته كلها ، ورد العبد . نص عليه أحمد . وبهذا قال مالك ، والشافعي .

وقال أبو حنيفة ، والثوري . يخيَّر المالك بين أن يصبر ، ولا شيء له ، وبين أخذ قيمته ، ويملكه الجاني ، لأنه ضمان مال ، فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الأموال .

وللقول الأول : إن المتلف البعض ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته ، ولأن المضمون هو المفوت ، فلا يزول الملك عن غيره بضمانه . انظر (المصدر السابق) .

وأما إن كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود ، فإن صاحبه يكون مخيراً إن شاء أسلمه للجاني وأخذ قيمته ، وإن شاء أخذ قيمة الجناية ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس له إلا قيمة الجناية .

وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الغاصب ، وتشبيه إتلاف أكثر المنفعة بإتلاف العين . وأما النماء فإنه على قسمين : **أحدهما** : أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب . **والثاني** : أن يكون مما أحدثه الغاصب . فأما الأول فإنه ليس بفوت .

وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فإنه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك إلى قسمين : **أحدهما** : أن يكون قد جعل فيه من مالِهِ ، ما لَهُ عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك .

والثاني : أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت .

فأما الوجه الأول : وهو أن يجعل فيه من ماله ما لَهُ عين قائمة ، فإنه ينقسم إلى قسمين : **أحدهما** : أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك . **والثاني** : أن لا يقدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته . فأما الوجه الأول فالمغصوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ما له فيها مما جعله من نقيض أو غيره ، وبين أن يعطي الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعاً بعد حط أجر القلع ، وهذ إن كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره ، وإنما يستأجر عليه ، وقيل إنه لا يحط من ذلك أجر القلع ، هذا إن كانت له قيمة ، وأما إن لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء ، لأن من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته ، فإن لم يطالبه بذلك

لم يكن له مقال .

وأما الوجه الثاني : فهو فيه مخير بين أن يدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه ، إلا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام ، فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتاً يلزم الغاصب فيه المثل ، أو القيمة فيما لا مثل له [1] .

وأما الوجه الثاني : من التقسيم الأول ، وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل ، فإن ذلك أيضاً ينقسم قسمين : **أحدهما** : أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفولة **والثاني** : أن يكون العمل كثيراً ينتقل به الشيء المغصوب

---

(١) إذا غصب ثوباً ، وصبغه ، فلا يخلو من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يصبغه بصبغ له ، **والثاني** : أن يصبغه بصبغ للمغصوب منه . **الثالث** : أن يصبغه بصبغ لغيرهما .

والأول لا يخلو إما أن يكون الثوب ، والصبغ بحالهما ، لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص كأن تكون قيمة كل واحد خمسة فصارت عشرة بعد الصبغ ، فهما شريكان بالنصف .

والثاني : إذا زادت قيمتهما بعد الصبغ ، فصارا يساويان عشرين والقيمة في الأصل عشرة ، نظر ، فإن كانت الزيادة للثوب ، كانت الزيادة لصاحب الثوب ، وإن كانت الزيادة للصبغ ، فالزيادة لصاحب الصبغ ، وإن كانت الزيادة لهما معاً . فهي بينهما بالتساوي ، هذا قول أحمد ، والشافعي .

القسم الثاني : أن يغصب ثوباً ، وصبغاً من واحد ، فيصبغه به ، فإن لم تزد قيمتهما ، ولم تنقص ، ردهما ، ولا شيء عليه ، وإن زادت القيمة ، فهي للمالك ، ولا شيء للغاصب ، وإن نقصت بالصبغ ، فعلى الغاصب ضمان النقص ، وإن نقص لتغير الأسعار ، لم يضمنه .

القسم الثالث : أن يغصب ثوب رجل ، وصبغ ثوب رجل ، وصبغ آخر ، فيصبغه به ، فإن كانت القيمتان بحالهما ، فهما شريكان بقدر مالهما ، وإن زادت ، فالزيادة لهما ، وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الغاصب ، ويكون النقص من صاحب الصبغ ، ويرجع به على الغاصب ، وإن نقص لنقص سعر الثياب ، أو سعر الصبغ ، أو لسعرهما ، لم يضمنه الغاصب ، وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه . وهذا مذهب أحمد . انظر (المغني) .

عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتاً والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حُلِيّاً أو دراهم . فأما الوجه الأول فلا حق فيه للغاصب ، ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولاً ، وأما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فيما له مثل ، هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى ، وأشهب يجعل ذلك كله للمغصوب ، أصله مسألة البنيان فيقول : إنه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرفولة والنسج والدباغ والطحين .

وقد روي عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب ، وقد قيل إنهما يكونان شريكين ، هذا بقيمة الصبغ ، وهذا بقيمة الثوب إنْ أبى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، وإنْ أبى الغاصب أن يدفع قيمة الثوب ، وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال : إنَّ الشركة لا تكون إلا فيما كان بوجه شبهة جلية .

وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم إلا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول : إنه يؤمر الغاصب بقلب الصبغ إن أمكنه وإن نقص الثوب ، ويضمن للمغصوب مقدار النقصان ، وأصول الشرع تقتضي أن لا يُسْتَحَلَّ مالُ الغاصبِ من أجل غصبه . وسواء أكان منفعة أو عيناً ، إلا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » لكن هذا مجمل ، ومفهومه الأول أنه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه ، أعني ماله المتعلق بالمغصوب ، فهذا هو حكم الواجب في غير المغصوب تغير أو لم يتغير .

وأما حكم غلته ، فاختلف في ذلك في المذهب على قولين : **أحدهما** : أن حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، **والثاني** : أن حكمها بخلاف الشيء المغصوب ، فمن ذهب إلى أن حكمها حكم الشيء المغصوب ، وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول : إنما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت إليه قيمتها على قول

من يرى أن الغاصب يلزمه أرفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشيء المغصوب يوم الغصب .

وأما الذين ذهبوا إلى أن حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب ، فاختلفوا في حكمها اختلافاً كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة أنه لا ضمان على الغاصب ، وأنه إنْ ادعى تلفها لم يصدق وإن كان مما لا يغلب عليه .

وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغِلال تنقسم إلى ثلاثة أقسام : **أحدها** : غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد ، وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته ، وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها ، وغلال غير متولدة بل هي منافع ، وهي الأكْرِية والخراجات وما أشبه ذلك .

فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه أن الغاصب يرده كالولد مع الأم المغصوبة وإن كان ولد [1] الغاصب . وإنما اختلفوا في ذلك إذا ماتت الأم ، فقال مالك : هو مخير بين الولد وقيمة الأم ، وقال الشافعي : بل يرد الولد وقيمة الأم وهو القياس [2] .

---

(١) في جميع النسخ التي لدينا هكذا (وإن كان ولد الغاصب) والصواب (وإن كان ولد عند الغاصب) .

(٢) إذا غصب حاملاً من الحيوان ، فالولد مضمون ، وكذلك لو غصب حائلاً ، فحملت عنده ، وولدت ضمن ولدها . بهذا قال الشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب ضمان الولد في الصورتين ، لأنه ليس بمغصوب ، إذ الغصب فعل محظور ، ولم يوجد .

وللقول الأول : أن ما ضمن خارج الوعاء ، ضمن ما فيه ، كالدرة في الصدفة ، والجوز ، واللوز . انظر (المغني ٢٧٩/٥) .

وكل زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب كالسِّمَنِ ، وتعلم الصناعة ، وغيرها ، وثمرة الشجرة . وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الغاصب ، ضمنه ، سواء تلف منفرداً ، =

وأما إن كان متولداً على غير خلقة الأصل وصورته ففيه قولان : **أحدهما** : أن للغاصب ذلك المتولد . **والثاني** : أنه يلزمه رده مع الشيء المغصوب إن كان قائماً أو قيمتها إنْ ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا من قوله ، فإن تلف الشيء المغصوب كان مخيراً بين أن يضمنه بقيمته ولا شيء له في الغلة ، وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة .

وأما ما كان غير متولد ، فاختلفوا فيه على خمسة أقوال : **أحدها** : أنه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل . **والثاني** : أنه يلزمه رده من غير تفصيل أيضاً . **والثالث** : أنه يلزمه الرد إن أكرى ، ولا يلزمه الرد إن انتفع أو عَطَّلَ .

والرابع : يلزمه إن أكرى أو انتفع ، ولا يلزمه إن عطل .

والخامس : الفرق بين الحيوان والأصول ، أعني أنه يرد قيمة منافع الأصول ، ولا يرد قيمة منافع الحيوان ، وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها .

وأما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح ، فالغلة له [1] قولاً واحداً في المذهب ، وقال قوم : الربح للمغصوب

= أم تلف مع أصله . وهذا قول الشافعي ، وأحمد .

وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يجب ضمان زوائد الغصب ، إلا أن يطالب بها ، فيمتنع من أدائها ، لأنها غير مغصوبة ، فلا يجب ضمانها كالوديعة . انظر (تحفة الفقهاء ١٢٧/٣) لمذهب أبي حنيفة .

وللقول الأول : أنه مال المغصوب منه ، حصل في يده بالغصب ، فيضمنه بالتلف كالأصل . انظر (المغني) .

والقول الأول هو ما نرجحه ، والله أعلم . انظر (المحلى ٥٦٦/٨) لهذه الأقوال . وردوده على القول الثاني .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (فالغلة قولاً واحداً) والصواب ما أثبتناه .

وهذا أيضاً إذا قصد غصب الأصل[١] . وأما إذا قصد غصب الغلة دون الأصل فهو ضامن للغلة بإطلاق ، ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع أو أكرى ، كان مما يزال به أو بما لا يزال به . وقال أبو حنيفة : إنه من تعدى على دابة رجل فركبها أو حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه إياها ولا في حمله ، لأنه ضامن لها إنْ تلفت في تَعَدِّيه ، وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول ، فإنه لما رأى أنه قد ضمنه بالتعدي وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما اتجر به من المال المغصوب ، وإن كان الفرق بينهما أن الذي اتجر به تحولت عينه ، وهذا لم تتحول عينه[٢] .

وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة أو لا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : « الخراج بالضمان » وقوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب ، وهو في غلام قيم فيه بعيب ، فأراد الذي صرف عليه أن يرد المشترى غلته ، وإذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه ؟ فيه خلاف فقهاء الأمصار مشهور ، فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال إنما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار إلى الإنسان بشبهة ، مثل أن يشتري شيئاً فيستغله فيستحق منه .

---

(١) إذا غصب أثماناً ، فاتجر بها ، أو عروضاً ، فباعها ، واتجر بثمنها . فقال أصحاب أحمد : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب من الحنابلة : إن كان الشراء بعين المال ، فالربح للمالك ، قال الشريف : وعن أحمد أنه يتصدق به . وإن اشتراه في ذمته ، ثم نقد الأثمان ، فقال أبو الخطاب : يحتمل أن يكون الربح للغاصب ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه . انظر (المصدر السابق) .

والقول الأول هو ما نرجحه . والله أعلم .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف في هذه المسئلة لمذهب أبي حنيفة ١٢٨/٣ .

وكذلك لو أجر المغصوب من إنسان شهراً ، وأخذ الأجرة ، فإن الأجرة ملك الغاصب دون المالك .

أما عند أحمد ، والشافعي : فللمالك أجرة المثل في الركوب ، وله أجرة الدار . انظر (المغني ٢٨١/٥) لمذهب أحمد . وانظر (الروضة ٦٣/٥) لمذهب الشافعي .و هو ما نرجحه .

وأما ما صار إليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لأنه ظالم ، وليس لعرق ظالم حق ، فعمم هذا الحديث في الأصل والغلة : أعني عموم هذا الحديث وخصص الثاني . وأما من عكس الأمر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام « الخراج بالضمان » (١) على أكثر من السبب الذي خرج عليه ، وخصص قوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » (٢) بأن جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال : لا يرد الغلة الغاصب . وأما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجري المنافع والأعيان المتولدة مجرى واحداً ، وأن يعتبر التضمن أو لا يعتبر .

وأما سائر الأقاويل التي بين هذين فهي استحسان .

وأجمع العلماء على أن من اغترس نخلاً أو ثمراً بالجملة وبنياناً في غير أرضه أنه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (٣) والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس في أرض الغير .

---

(١) تقدم تخريج الحديث .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) قال الزيلعي :

حديث « من أحيا أرضاً ميتة ، فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده ، ورواه الدارقطني في سننه ، ورواه ابن عدي عن عائشة ، ورواه أبو داود في الخراج ، والترمذي في الأحكام ، والنسائي في « الموات » عن سعيد بن زيد ، قال الترمذي : حديث حسن غريب : وقد رواه بعضهم عن هشام عن عروة عن النبي ﷺ مرسلاً . انتهى . ورواه البزار في « مسنده » وقال : لا نعلم أحداً قال : عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد : إلا عبد الوهاب عن أيوب عن هشام . انتهى . وهذا المرسل الذي أشار إليه الترمذي أخرجه أبو داود من طريق ابن إسحق عن يحيى عن عروة عن أبيه « أن النبي ﷺ قال مثله . وزاد : قال عروة : فلقد خبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله =

وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة : قال عروة : ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها » قال : فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عم [1] حتى أُخْرِجَتْ منها » . إلا ما روي في المشهور عن مالك أن من زرع زرعاً في أرض غيره وفات أوان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه ، وكان على الزارع كراء الأرض .

وقد روي عنه ما يشبه قياس قول الجمهور ، وعلى قوله : إن كل ما لا ينتفع الغاصب به إذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع . وفَرَّقَ قوم بين الزرع والثمار فقالوا : الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته ، وهو قول كثير من أهل المدينة ، وبه قال أبو عبيد . وروي عن رافع بن خديج أنه قال عليه الصلاة والسلام : « من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء » [2] .

= منها ، قال : فلقد رأيتها ، وإنها لتضرب أصولها بالفئوس . وأخرجه النسائي أيضاً عن الليث عن يحي بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي ﷺ قال مرسلاً ، وكذلك رواه مالك في الموطأ في كتاب الأقضية . انظر (نصب الراية ٢٨٨/٤) وانظر (نيل الأوطار ٣٥٩/٥) .

(١) (عُمٌّ) بضم المهملة ، وتشديد الميم جمع عميّة ، وهي الطويلة ، وفي القاموس ما يدل على أنه يجوز فتح أوله ، لأنه قال بعد تفسيره بالنخل الطويل : ويضم . انظر (النيل) .

(٢) الحديث رواه الخمسة إلا النسائي ، وقال البخاري : وهو حديث حسن ، وراوي الحديث رافع ابن خديج .
قال الشوكاني : فيه دليل على أن من غصب أرضاً ، وزرعها ، كان الزرع للمالك للأرض ، وللغاصب ما غرمه في الزرع يسلمه له مالك الأرض ، قال الترمذي : والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم ، وهو قول أحمد ، وإسحق . قال ابن رسلان : وقد استدل به - كما قال الترمذي - أحمد على أن من زرع في أرض غيره ، واسترجعها صاحبها ، فلا يخلو إما أن يسترجعها مالكها ، ويأخذها بعد حصاد الزرع أو يسترجعها والزرع قائم قبل أن يحصد ؛ فإن أخذها مستحقها بعد حصاد الزرع ، فإن الزرع للغاصب ، لا نعلم فيها خلافاً ، وذلك لأنه =

واختلف العلماء في القضاء فيا أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال :

أحدها : أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته . **والثاني** : أن لا ضمان عليه . **والثالث** : أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ، ولا ضمان عليهم فيا أفسدته بالنهار . **والرابع** : وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت ، وممن قال : يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي ، وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه ، وبالضمان بإطلاق ، قال الليث ، إلا أن الليث قال : لا يضمن أكثر من قيمة الماشية ، والقول الرابع مروي عن عمر رضي الله عنه [١] .

فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان : **أحدهما** : قوله تعالى : ﴿ وداودَ وسُلَيْمانَ إذْ يَحْكُمانِ في الحَرْثِ إذْ نَفَشَتْ فيهِ غَنَمُ القَوْمِ ﴾ [٢] والنفش عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنّا مخاطبون بشرع من قبلنا ، **والثاني** : مرسله عن ابن شهاب « أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها ، وأن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها » [٣] أي مضمون .

= نماء ماله ، وعليه أجرة الأرض إلى وقت التسليم ، وضمان نقص الأرض ، وتسوية حفرها ، وإن أخذ الأرض صاحبها من الغاصب والزرع فيها قائم . لم يملك إجبار الغاصب على قلعه ، وخير المالك بين أن يدفع إليه نفقته ، ويكون الزرع له ، أو يترك الزرع للغاصب ، وبهذا قال أبو عبيد .

وقال الشافعي ، وأكثر الفقهاء : إن صاحب الأرض يملك إجبار الغاصب على قلعه ، واستدلوا بالحديث « ليس لعرق ظالم حق » ويكون الزرع لمالك البذر عندهم على كل حال ، وعليه كراء الأرض . انظر (نيل الأوطار ٣٦٠/٥) وانظر (سبل السلام ٧٠/٣) .

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (نيل الأوطار ٣٦٦/٥) .

(٢) الأنبياء آية ٧٨ .

(٣) الحديث رواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجة عن حرام بن محيصة .

وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « العَجْماءُ جُرْحُها جُبَارٌ »[١] وقال الطحاوي : وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها محفوظة فأما إذا لم يرسلها محفوظة فيضمن ، والمالكية تقول : من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً .

وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له ، وذلك أنه تَعَدٍّ مِنَ المرْسِل ، والأصول على أن على المعتدي الضمان ، ووجه من فرق بَيْنَ المنفلت وغير المنفلت بَيِّنٌ ، فإن المنفلت لا يملك .

فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ، ومعارضة السماع بعضه لبعض ، أعني أن الأصل يعارض « جُرْح العجماء جُبَار » ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء ، وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله « جرح العجماء جبار » .

ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان ، فروي عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها ، وكتب إلى شريح فأمره بذلك ، وبه قال الكوفيون ، وقضى به عمر بن عبد العزيز ، وقال الشافعي ومالك : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياساً على التعدي في الأموال ، والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا : إذا قال الصاحب قولاً ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف ، فسبب الخلاف إذن معارضة القياس لقول الصاحب .

ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصئول وما أشبهه يخاف الرجل على

---

(١) أخرجه الجماعة من حديث أبي هريرة . انظر (نيل الأوطار ٣٦٤/٥) .

نفسه فيقتله ، هل يجب عليه غرمه أم لا ؟ فقال مالك والشافعي : لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه ، وقال أبو حنيفة والثوري : يضمن قيمته على كل حال [١] .

وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله ، فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قَوَدٌ ، وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرى ، لأن النفس أعظم حرمة من المال ، وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحرمي إذا صال ، وتمسك به حذاق أصحاب الشافعي . وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة إليها ، أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس .

ومن هذا الباب اختلافهم في المكرهة على الزنا ، هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والليث : عليه الصداق والحد جميعاً وقال أبو حنيفة والثوري : عليه الحد ولا صداق عليه ، وهو قول ابن شبرمة [٢] .

وعمدة مالك أنه يجب عليه حقان : حق الله وحق للآدمي ، فلم يُسْقِطْ أحدهما الآخر ، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع .

---

(١) من عدا عليه حيوان مُتَمَلَّكٌ من بعير ، أو فرس ، أو بغل ، أو فيل ، أو غير ذلك ، فلم يقدر على وقفه عن نفسه إلا بقتله ، فقتله ، فلا ضمان عليه ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وداود .

وقال الحنفيون : يضمنه ، انظر (المحلى ٥٨٢/٨) لمذاهب العلماء . وانظر (منار السبيل ٤٤٠/١) لمذهب أحمد .

والقول الأول هو ما نرجحه .

(٢) وبقول الشافعي قال أحمد . انظر (المغني ٢٧٢/٥) على أن من زنى بامرأة مكرهة ، فعليه المهر ، والحد . وقال أبو حنيفة : ليس عليه إلا الحد .

وأما من لم يوجب الصداق ، فتعلق في ذلك بمعنيين : **أحدهما** : أنه إذا اجتمع حقان : حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله ، وهذا على رأى الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع . **والمعنى الثاني** : أن الصداق ليس مقابل البضع ، وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعياً ، وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبنى عليها بناء يساوي قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة ، فقال مالك والشافعي : يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته ، وقال أبو حنيفة : تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غَيَّرَ المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة ، وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة [١] .

وهنا انقضى هذا الكتاب .

* * *

---

(١) انظر لمذهب الشافعي (الروضة ٥/٥٤) وقد مثل النووي بخشبة غصبها ، فأدخلها في بناء ، أو بنى عليها ، فيجب عليه إخراجها .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الاستحقاق *

وَجُلُّ النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق ، وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشيء المستحق من يد إنسان بما تثبت به الأشياء في الشرع لمستحقها إذا صار إلى ذلك الإنسان الذي استحق من يده الشيء المستحق بشراء أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ، ثم إذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ، ثم لا يخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون .

فأما إن كان استحق منه أقله ، فإنه إنما يرجع عند مالك على الذي اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده ، وليس له أن يرجع بالجملة . وأما إن كان استحق كله أو جله ، فإن كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذي اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ، وإن كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه إن كان لم يتغير ، فإن تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم

---

* الاستحقاق لغة : هو إضافة الشيء لمن يصلح له ، وله فيه حق .
وفي الشرع كما عرفه المالكية : هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله ، أو حرية .
وحكمه الوجوب ، إذا توافرت أسبابه في الحر . أو غيره ، إن ترتب على عدم القيام به مفسدة ، كالوطء والحرام ، وإلا جاز .
وسببه : قيام البينة على عين الشيء المستحق : أنه ملك للمدعي ، لا يعلمون خروجه ، ولا خروج شيء منه عن ملكه إلى الآن . ويمنعه : عدم قيام المدعي بلا عذر مدة أمد الحيازة ، أو اشتراؤه من حائزه من غير بينة يشهدها سراً قبل الشراء : بأني إنما قصدت شراءه ظاهراً خوف أن يفيته علي بوجه لو ادعيت به عليه . (الشرح الصغير) .

الشراء ، وإن كان المال المستحق قد بيع ، فإن للمستحق أن يمضي البيع ويأخذ الثمن أو يأخذه بعينه ، فهذا حكم المستحق من يده ما لم يتغير الشيء المستحق ، فإن تغير الشيء المستحق فلا يخلو أن يتغير بزيادة أو نقصان :
فأما إن كان تغير بزيادة فلا يخلو أن يتغير بزيادة من قِبَلِ الذي استحق من يده الشيء ، أو بزيادة من ذات الشيء ، فأما الزيادة من ذات الشيء فيأخذها المستحق ، مثل أن تسمن الجارية أو يكبر الغلام .

وأما الزيادة من قبل المستحق منه ، فمثل أن يشتري الدار فبنى فيها فتستحق من يده ، فإنه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين أن يدفع إليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين ، هذا بقدر قيمة ما استحق من يده ، وهذا بقدر قيمة ما بنى أو غرس ، وهو قضاء عمر بن الخطاب .

وأما إن كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه ، مثل أن يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة ، فإنهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد ، واختلفوا في أخذ قيمتهم .

وأما الأم فقيل يأخذها بعينها ، وقيل يأخذ قيمتها . وأما إن كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره ، وإذا ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره ، لأن الغرر لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق ، فإنه إذا كان ضامناً بشبهة مِلْكٍ فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه ، وأعني بالضمان أنها تكون من خسارته إذا هلكت عنده .

وأما إذا كان غير ضامن ، مثل أن يكون وارثاً فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما في يده فإنه يرد الغلة . وأما إن كان غير ضامن إلا أنه ادعى في ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية ، فإنه وإن هلك عنده يرجع

بالثمن ففيه قولان : أنه لا يضمن إذا لم يجد على من يرجع ، ويضمن إذا وجد على من يرجع . وأما من أي وقت تصح الغلة للمستحق ؟ فقيل يوم الحكم ، وقيل من يوم ثبوت الحق ، وقيل من يوم توقيفه .

وإذا قلنا إن الغلة تجب للمستحق في أحد هذه الأوقات الثلاثة فإذا كانت أصولاً فيها ثمرة فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده ، فقيل إنها للمستحق ما لم تيبس ، وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى ، وعالج المستحق من يديه ، وهذا إن كان اشترى الأصول قبل الإبار .

وأما إن كان اشتراها بعد الإبار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم إنْ جُذَّتْ ويرجع بالسقي والعلاج ، وقال أشهب : هي للمستحق ما لم تجذ . والأرض إذا استحقت ، فالكراء إنما هو للمستحق إن وقع الاستحقاق في إبان زريعة الأرض . وأما إذا خرج الإبان فقد وجب كراء الأرض للمستحق منه . وأما إن كان بغير نقصان ، فإن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه .

وأما إن كان أخذ له ثمناً مثل أن يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر ، فإنه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض . قال القاضي : ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك وأصحابه ، وهي أصولهم في هذا الباب ، ولكن يجيء على أصول الغير أنه إذا كان الْمُسْتَحَقُّ مشترىً بِعَرَضٍ ، وكان العرض قد ذهب أن يرجع المستحق من يده بِعَرَضٍ مثله لا بقيمته ، وهم الذين يرون في جميع المتلَفات المِثْل ، وكذلك يجيء على أصول الغير أن يرجع على المشتري إذا استحق منه قليل أو كثير ، لأنه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض .

كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الهِبَات *

والنظر في الهبة : في أركانها ، وفي شروطها ، وفي أنواعها ، وفي أحكامها . ونحن إنما نذكر من هذه الأجناس ما فيها من المسائل المشهورة .

فنقول : أما الأركان فهي ثلاثة : الواهب ، والموهوب له ، والهبة . أما الواهب فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكاً للموهوب صحيح المُلك ، وذلك إذا كان في حال الصحة وحال إطلاق اليد ، واختلفوا في حال المرض وفي حال السفه والفلس .

أما المريض فقال الجمهور : إنها في ثلثه تشبيهاً بالوصية ، أعني الهبة التامة بشروطها ، وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر : إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات ، ولا خلاف بينهم أنه إذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة [١] .

وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام : « في الذي أعتق ستة أَعْبُدٍ عند موته ، فأمره رسول الله ﷺ فأعتق ثلثهم وَأَرَقَّ الباقي » [٢] وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال : أعني حال الإجماع ،

---

* الهبة بكسر الهاء : مصدر وهبت ، وشرعاً : تمليك عين بعقد على غير عِوَضٍ معلوم في الحياة ، ويطلق على الشيء الموهوب ، ويطلق على أعم من ذلك .

(١) انظر هذه المسئلة لمذهب الجمهور ، ومنهم أبو حنيفة ، وسفيان الثوري ، وابن شبرمة ، وعثمان البتي ، وسوار بن عبد الله ، وعبيد الله بن الحسن ، وشريح ، والشافعي (المحلى ١٠/٤٨٤) وكذلك انظر (المصدر) لمذهب الظاهرية ، وانظر كذلك (فقه السنة للسيد سابق) وهو مذهب أحمد . انظر (الروض المربع ٢/٥٠٣) وهو أن هبة المريض تكون في ثلث ماله .

(٢) رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائي عن عمران بن حصين .

وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل الدليل من كتاب أو سنة بينة ، والحديث عندهم محمول على الوصية ، والأمراض التي يحجر فيها عند الجمهور هي الأمراض المخوفة ، وكذلك عند مالك الحالات المخوفة ، مثل الكون بين الصفين ، وقرب الحامل من الوضع ، وراكب البحر المرتج ، وفيه اختلاف .

وأما الأمراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير ، وقد تقدم هذا في كتاب الحَجْر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم أن هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صح ملكه . واتفقوا على أن للإنسان أن يهب جميع ماله للأجنبي .

واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة ، أو في جميع ماله لبعضهم دون بعض ، فقال جمهور فقهاء الأمصار بكراهية ذلك له ، ولكن إذا وقع عندهم جاز ، وقال أهل الظاهر : لا يجوز التفضيل فضلاً عن أن يهب جميع ماله ، وقال مالك : يجوز التفضيل ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض [1] .

ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير ، وهو حديث متفق على صحته ، وإن كان قد اختلف في ألفاظه ، والحديث أنه قال : « إن أباه بشيراً أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال : إني نَحَلْتُ ابني هذا غلاماً كان لي ، فقال رسول الله ﷺ : أكُلَّ ولدِكَ نحلته مثل هذا ؟ قال : لا ، قال رسول الله ﷺ : فارتجعه [2] . واتفق مالك والبخاري ومسلم على هذا اللفظ ، قالوا :

(١) ممن جوز تفضيل بعض ولده : مالك ، والشافعي ، والليث ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وروي معنى ذلك عن شريح ، وجابر بن زيد ، والحسن بن صالح ، وممن منعه أحمد . وبه قال ابن المبارك ، وروي معناه عن مجاهد ، وعروة ، وكان الحسن يكرهه ، ويجيزه في القضاء . انظر (المغني) ولا شك أن القول الثاني هو الصواب ، لأنه موافق للحديث الآتي .

(٢) الحديث متفق عليه . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ٣/ ٨٧) .

والارتجاع يقتضي بطلان الهبة . وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام « هذا جور » .

وعمدة الجمهور أن الإجماع منعقد على أن للرجل أن يهب في صحته جميع ماله للأجانب دون أولاده ، فإن كان ذلك للأجنبي فهو للولد أحرى .

واحتجوا بحديث أبي بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال : « والله يابنية ما من الناس أحد أحب إليّ غنىً بعدي منك ، ولا أعز عليّ فقراً بعدي منك ، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جَذَذْتِيه واحتزتيه كان لك ، وإنما هو اليوم مال وارث »[١] . قالوا : وذلك الحديث المراد به الندب ، والدليل على ذلك أن في بعض رواياته : « ألست تريد أن يكونوا لك في البر واللطف سواء ؟ قال : نعم ، قال : فأشهد على هذا غيري » .

وأما مالك فإنه رأى أن النهي عن أن يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو أحرى أن يحمل على الوجوب ، فأوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن أن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله . فسبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النهي الوارد ، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر بصيغته التحريم ، كما يقتضي الأمر الوجوب ، فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب ، أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك ، ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس ، وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني أن يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الحظر إلى مفهوم الكراهية .

---

(١) رواه مالك في الموطأ . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٩٢/٥) عن عائشة . وروى البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك . وغيره عن ابن شهاب ، وعن حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم بن محمد نحوه .

وأما أهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا : بتحريم التفضيل في الهبة .

واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور : تصح ، وقال أبو حنيفة : لا تصح [١] . وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع .

وعمدة أبي حنيفة أن القبض فيها لا يصح إلا مفردة كالرَّهْن ، ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود ، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر ، وقال الشافعي : ما جاز بيعه جازت هبته كالدَّيْن ، وما لم يجز بيعه لم تجز هبته ، وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعية لا تصح هبته كالدَّيْن والرَّهْن ، وأما الهبة فلابد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع . ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه .

وأما الشروط فأشهرها القبض ، أعني أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا ؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط صحة الهبة القبض ، وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب ، وقال مالك : ينعقد بالقبول

---

(١) تصح هبة المشاع عند مالك ، والشافعي ، وأحمد . وعند الشافعي : سواء في ذلك ما أمكن قسمته ، أم لم يمكن .

وقال أبو حنيفة : لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته ، لأن القبض شرط في الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض ، وتمامه ، فإن كان مما لا يمكن قسمته ، صحت هبته لعدم ذلك فيه . وإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم ، لم يجز عند أبي حنيفة ، وجاز عند صاحبيه .

وللقول الأول : أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم قال رسول الله ﷺ « ما كان لي ، ولبني عبد المطلب ، فهو لكم » رواه البخاري ، وهذا هبة المشاع . انظر (المغني ٥/٦٥٦) وانظر (الفتح ١٠/١٧٢) وانظر (تحفة الفقهاء ٣/ ٢٥٧) لمذهب أبي حنيفة .

ويجبر على القبض كالبيع سواء ، فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة ، وله إذا باع تفصيل : إنْ علم فتوانى لم يكن له إلا الثمن ، وإن قام في الفور كان له الموهوب . فمالك : القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة ، وهو عند الشافعي وأبي حنيفة من شروط الصحة [١] .

وقال أحمد وأبو ثور : تصح الهبة بالعقد ، وليس القبض من شروطها أصلاً ، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة ، وهو قول أهل الظاهر . وقد روي عن أحمد بن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون [٢] .

فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهها بالبيع ، وأن الأصل في

---

(١) المكيل ، والموزون لا تلزم فيه الصدقة ، والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم : منهم النخعي ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد .
وقال مالك ، وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالعائد في قيئه » ولأنه إزالة مِلْكٍ بغير عِوَضٍ ، فلزم بمجرد العقد كالوقف ، والعِتْق ، وهو قول أهل الظاهر .
وللقول الأول : إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فإن ذلك مروي عن أبي بكر ، وعمر رضي الله عنهما ، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف . انظر (المصدر السابق) و (المحلى ٧٧/١٠) .
ولعل القول الأول أقرب للصواب . والله أعلم .
قال المروذي : اتفق أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، ولأنها هبة غير مقبوضة ، فلم تلزم كما لو مات قبل أن يقبض ، فإن مالكاً يقول : لا يلزم الورثة التسليم .
أما في غير المكيل ، والموزون ، ففي رواية عن أحمد أن الهبة تلزم بمجرد العقد ، وروي ذلك عن علي وابن مسعود ، وهو قول مالك ، وأبي ثور .
وعن أحمد رواية أخرى : أن الهبة لا تلزم في الجميع إلا بالقبض . وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروذي : اتفق أبو بكر ، وعمر وعثمان ، وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، ويروى ذلك عن النخعي ، والثوري ، والحسن بن صالح ، والعنبري ، والشافعي ، وأبي حنيفة لما ذكرَ في المسألة الأولى . انظر (المصدر السابق) .

(٢) الصحيح ما ذكرناه من مذهب أحمد ، وهو أنها تصح بالقبض في المكيل ، والموزون .

العقود أنْ لا قبضَ مُشْتَرَطٌ في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض . وعمدة من اشترط القبض أن ذلك مروي عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم . وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة .

وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال : ما بال رجال يَنْحِلُون أبناءهم نِحَلاً ثم يمسكونها ، فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحداً وإن مات قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يُجزْها الذي نحلها للمنحول له وأبقاها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة [١] ، وهو قول علي ، قالوا : وهو إجماع من الصحابة ، لأنه لم ينقل عنهم في ذلك خلاف .

وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً : أعني القياس وما روي عن الصحابة ، وجمع بينهما ، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ، ومن حق الموهوب له ، وأنه إن تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب سقط حقه .

وجمهور فقهاء الأمصار على أن الأب يحوز [٢] لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللكبير السفيه الذي ما وهبه كما يحوز [٣] لهما ما وهبه غيره لهما ، وأنه يكفي في الحيازة له إشهاده بالهبة والإعلان بذلك ، وذلك كله فيما عدا الذهب

---

(١) أثر عمر رواه ابن عيينة . كما ذكره ابن قدامة عن الزهري ، عن عبد الرحمن بن عبد القادر « أن عمر قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم ، فإذا مات أحدهم ، قال : مالي ، وفي يدي ، وإذا مات قال : كنت نحلته ولدي ؟ لا نحلة إلا نحلة يحرزها الولد دون الوالد ، فإن مات ، ورثه » انظر (المغني ٥/٦٥٠) .

(٢ ـ ٣) في نسخة « دار الفكر » (يجوز) والصواب (يحوز) .

وفي جميع النسخ التي لدينا هكذا (والكبير السفيه الذي ما وهبه ..) ولعل هناك سقطاً ، فتكون العبارة هكذا (والكبير السفيه الذي يبذر ما وهبه ، أو الذي لا يمسك ..) أو ما في معناه .. ما وهبه .. فتكون (ما) مفعولاً لفعل (يحوز) المتقدم . فتأمل ذلك .

والفضة وفيما لا يتعين . والأصل في ذلك عندهم ما رواه مالـك عن ابن شهـاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال : من نحل ابنـاً لـه صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلته فـأعلن ذلـك وأشهـد عليـه فهي حيـازة وإن وليهـا [١] ، وقـال مالك وأصحابه : لابد من الحيازة في المسكون والملبوس ، فإن كانت داراً سكن فيها خرج منهـا ، وكـذلـك الملبوس إن لبسـه بطلت الهبـة ، وقـالوا في سـائر العروض بمثل قول الفقهاء ، أعني أنه يكفي في ذلك إعلانه وإشهاده .

وأما الذهب والوَرِق فاختلفت الروايـة فيـه عن مـالـك ، فروي عنـه أنـه لا يجوز إلا أن يخرجه الأب عن يده إلى يد غيره ، وروي عنـه أنـه يجوز إذا جعلها في ظرف أو إناء وختم عليها بخـاتم وأشهد على ذلك الشهود . ولا خلاف بين أصحاب مالك أن الوصيَّ يقوم في ذلك مقام الأب .

واختلفـوا في الأم ، فقـال ابن القـاسم : لا تقـوم مقـام الأب ، ورواه عن مـالـك ، وقـال غيره من أصحـابـه : تقـوم ، وبـه قـال أبـو حنيفـة ، وقـال الشافعي : الجد بمنزلة الأب ، والجـدة عنـد ابن وهب أم الأم تقوم مقـام الأم ، والأم عنده تقوم مقام الأب .

* * *

(١) أثر عثمان رواه مالك في الموطأ .

قال ابن قدامة نقلاً عن ابن المنـذر : أجمع كل من نحفـظ عنـه من أهل العلم على أن الـرجـل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها ، أو عبداً بعينـه ، وقبض لـه من نفسـه ، وأشهـد عليـه أن الهبـة تامة ، هذا قول مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبي حنيفـة ، وروينـا معنى ذلـك عن شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، ثم إن كان الموهوب مما يفتقر إلى قبض ، اكتفى بقوله : قـد وهبت هـذا لابني ، وقبضته له ، لأنه يغني عن القبول ، ولا يغني قولـه : قـد قبلتـه ، لأن القبول ، لا يغني عن القبض ، وإن كان ممـا لا يفتقر ، اكتفى بقولـه قـد وهبت هـذا لابني ، ولا يحتـاج إلى ذكر قبض ، ولا قبول .

قال ابن عبد البر : أجمع الفقهاء على أن هبـة الأب لابنـه الصغير في حجره لا يحتـاج إلى قبض ، وأن الإشهاد فيها يغني عن القبض . وإن وليها أبوه ، انظر (المغني) .

القول في أنواع الهبات

والهبة منها ما هي هبة عين ، ومنها ما هي هبة منفعة . وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ، ومنها ما لا يقصد بها الثواب . والتي يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ، ومنها ما يقصد به وجه المخلوق .

فأما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها ، وإنما اختلفوا في أحكامها .

وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها ، فأجازها مالك وأبو حنيفة ، ومنعها الشافعي ، وبه قال داود وأبو ثور[1] . وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعاً مجهول الثمن ؟ فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيوع الغَرَرِ التي لا تجوز ، ومن لم ير أنها بيع مجهول قال : يجوز . وكأن مالكاً جعل العُرْفَ فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ، ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم ؟ فقيل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة ، وقيل لا تلزمه إلا أن يرضيه ، وهو قول عمر على ما سيأتي بعد ، فإذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد ، والأول هو المشهور عن مالك .

وأما إذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد ، وإنما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك ، وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل أن يهب الفقير للغني ، أو لمن يرى أنه إنما قصد بذلك الثواب .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (المحلى ٧١/١٠) و (سبل السلام ٨٨/٣) و (فتح الباري ١٦٠/٥) و (المغني) لابن قدامة .

قول الشافعي في القديم كقول مالك ، وقال في الجديد الهبة للثواب باطلة ، لا تنعقد ، لأنها بيع بثمن مجهول ، ولأن موضوع الهبة التبرع ، فلو أوجبناه ، لكان في معنى المعاوضة ، وقد فرق الشرع ، والعرف بين البيع ، والهبة ، فما استحق العوض أطلق عليه لفظ البيع بخلاف الهبة .

ومذهب أحمد تجوز الهبة للثواب كمذهب مالك ، وهو مذهب أبي حنيفة . انظر (تحفة الفقهاء ٢٦٦/٣) لمذهب أبي حنيفة .

وأما هبـات المنـافع فمنهـا مـا هي مؤجلـة ، وهـذه تسمى عـاريـة ومنحـة وما أشبه ذلك ، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العُمْرَىٰ ، مثل أن يهب رجل رجلاً سكنى دار ، حياتَهُ ، وهذه اختلف العلمـاء فيها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها هبة مبتوتة : أي أنها هبـة للرقبـة ، وبـه قـال الشـافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة .

والقول الثاني : أنه ليس للمعمَّرِ فيها إلا المنفعة ، فإذا مات عـادت الرقبـة للمعمِّر أو إلى ورثته ، وبه قال مالك وأصحـابـه ، وعنـده أنـه إن ذَكَرَ العَقِبَ عادت إذ انقطع العَقِبُ إلى المعمِّر أو إلى ورثته .

والقول الثالث : أنه إذا قال : هي عُمْرى لـك ولعقبـك كانت الرقبـة ملكاً للمعمر ، فـإذا لم يـذكر العقب عـادت الرقبـة بعـد مـوت المعمَّر للمعمِّر أو لورثته ، وبه قال داود وأبو ثور[1] .

(١) قـال الحـافـظ : العمرى بضم المهملـة ، وسكون الميم مع القصر ، وحكي ضم الميم مـع أولـه ، وحكي فتح أوله مع السكون مأخوذ من العُمْر .

والرقبى بوزنهـا مـأخوذة من المراقبـة ، لأنهم كانوا يفعلـون ذلـك في الجـاهليـة ، فيعطي الرجـل الدار ، ويقول له : أعمرتك إياها ، أي أبحتها لك مدة عمرك ، فقيل لها : عمرى لذلـك ، وكـذا قيل لها : رقبى ، لأن كلا منهما يرقب متى يموت الآخر ، لترجع إليـه ، وكـذا ورثتـه ، فيقومون مقامه في ذلك . هذا أصلها لغةً .

وأما شرعـاً ، فـالجمهور على أن العمرى ، إذا وقعت ، كانت ملكاً للآخـذ ، ولا ترجع إلى الأول ، إلا إن صرح باشتراط ذلـك . وذهب الجمهور إلى صحـة العمرى إلا مـا حكاه أبو الطيب الطبري عن بعض النـاس ، والمـاوردي عن داود ، وطـائفـة ، لكن ابن حزم قـال بصحتهـا ، وهـو شيـخ الظـاهريـة ، ثم اختلفوا إلى مـا يتـوجـه التمليـك ، فـالجمهـور أنـه يتجـه إلى الرقبـة كسـائر الهبات حتى لو كان المعمر عبداً ، فأعتقه الموهب له ، نفذ ، بخلاف الواهب ، وقيل : يتوجـه إلى المنفعة دون الرقبة ، وهو قول مالك ، والشافعي في القديم ، وهل يسلك به مسلك العاريـة ، أو الوقف روايتان عند المالكيـة ، وعن الحنفيـة التمليـك فى العمرى يتوجـه إلى الرقبـة ، وفي الرقبى =

وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للأثر . أما الأثر ففي ذلك حديثان : **أحدهما** : متفق على صحته ، وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاها أبداً لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث » [١] .

والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « يامعشر الأنصار أمسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فمن أعمر شيئاً حياته فهو له حياته ومماته » [٢] وقد روي عن جابر بلفظ آخر « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئاً أو أرقبه فهو لورثته » [٣] فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر .

وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر إلا أنه يخيل أنه أقل في المخالفة ، وذلك أن ذكر العقب يوهم تبتيت العطية ، فمن غَلَّبَ الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبيرعن جابر ، وحديث مالك عن جابر ، ومن غلب

= إلى المنفعة ، وعنهم أنها باطلة ، انظر (الفتح ١٨٢/١٠) .

ومن قال إنها تنقل الملك إلى المعمر جابر بن عبد الله ، وابن عمر ، وابن عباس ، وشريح ، ومجاهد ، وطاوس ، والثوري ، والشافعي في الجديد ، وأبو حنيفة . انظر (المغني ٦٨٧/٥) .

(١) في نسخة « دار الفكر » و« دار الكتب الإسلامية » ينتهي القوس عند قوله (أبداً) والصواب أنه ينتهي بعد قوله (فيه المواريث) لأنه من تمام الحديث .

والحديث بهذا اللفظ رواه أبو داود ، والنسائي ، والترمذي ، وصححه عن جابر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٦/٦) .

(٢) رواه أحمد ، ومسلم عن جابر بلفظ « أمسكوا عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فمن اعتمر عمرى ، فهي للذي أعمر حياً ، وميتاً ، ولعقبه » .

(٣) روى أحمد ، والنسائي عن ابن عمر بلفظ « لا تعمروا ، ولا ترقبوا ، فمن اعتمر شيئاً ، أو أرقبه ، فهو له حياته ، ومماته » انظر (المصدر السابق) .

الشرط قال بقول مالك ، وأما من قال إن العمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب ، ولا تعود إن ذكر ، فإنه أخذ بظاهر الحديث .

وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه ، أعني رواية أبي الزبير عن جابر .

وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال : أسكنتك هذه الدار حياتك ، فالجمهور على أن الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العمرى وإن لفظ بالعقب ، فسوى مالك بين التعمير والإسكان . وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لا تنصرف إلى المسكن أبداً على قول الجمهور في العمرى . والحق أن الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد ، وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفاً له إذا لم يصرح بذكر العَقِب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

* * *

القول في الأحكام

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة ، وهو الرجوع فيها ، فذهب مالك وجمهور علماء المدينة أن للأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث دَيْناً أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق للغير ، وأن للأم أيضاً أن تعتصر ما وهبت إن كان الأب حياً ، وقد روي عن مالك أنها لا تعتصر ، وقال أحمد وأهل الظاهر : لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ، وقال أبو حنيفة : يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي محرم محرمة عليه [1] . وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها .

---

(١) انظر لمذهب مالك (الكافي ٢/٣٠٢) .

ومعنى الاعتصار : الاستخراج ، أو الرجوع .

=

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار ، فمن لم ير الاعتصار أصلاً احتج بعموم الحديث الثابت ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » [1] ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاوس أنه قال عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد » وقاس الأم على الوالد ، وقال الشافعي : لو اتصل حديث طاوس لقلت به ، وقال غيره : قد اتصل من طريق حُسَيْن المُعَلِّم ، وهو ثقة .

وأما من أجاز الاعتصار إلا لذوي الرحم المحرمة ، فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : « من وهب هبةً لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب

= ومن قال يجوز للأب الرجوع في هبته لولده : مالك : والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأحمد ، وعنه رواية أخرى . ليس له الرجوع فيها ، وبها قال أبو حنيفة ، والثوري ، والعنبري . والرواية الأولى ظاهر مذهب أحمد ، وهو قول الجمهور .
انظر (المغني ٥/٦٦٨) و (نيل الأوطار ٦/١٣) .
وللأم كذلك مثل الأب الرجوع في هبتها ، وهو مذهب الشافعي ، وأحمد . انظر (المصدر السابق) .

(١) الحديث عن طاوس : أن ابن عمر ، وابن عباس رفعاه إلى النبي ﷺ قال « لا يحل للرجل أن يعطي العطية ، فيرجع فيها ، إلا الوالد فيا يعطي ولده ، ومثل الرجل يعطي العطية ، ثم يرجع فيها مثل الكلب ، أكل حتى إذا شبع قاء ، ثم رجع في قيئه » رواه الخمسة ، وصححه الترمذي .
وفي رواية للبخاري ، وغيره « كالكلب يرجع في قيئه » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/١٢) وانظر (البخاري مع الفتح ١٠/١٨) وقد اشترط ابن قدامة للرجوع في هبة الولد أربعة شروط :
١ ـ أن تكون باقية في ملك الابن .
٢ ـ أن تكون العين باقية في تصرف الولد .
٣ ـ أن لا يتعلق بها رغبة لغير الولد .
٤ ـ ألا تزيد زيادة متصلة كالسِّمَنِ والكِبَرِ ، وتعلم صنعة ، فإن زادت فعن أحمد روايتان .

بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها »(١) قالوا : وأيضاً فإن الأصل أن من وهب شيئاً عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد ، إلا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة .

وجمهور العلماء على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها ، وفي مرسلات مالك أن رجلاً أنصارياً من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل ، فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال : « قد أُجِرْتَ في صَدَقَتِكَ وخذها بميراثك »(٢) وخرّج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت : كنت قد تصدقت على أمي بوليدة ، وإنها ماتت وتركت تلك الوليدة ، فقال ﷺ : « وجب أجرك ورجعت إليك بالميراث »(٣) وقال أهل الظاهر : لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لعمر « لا تشتره - في الفرس الذي تصدق به - فإن العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه »(٤) والحديث متفق على صحته . قال القاضي : والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق ، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليتمم محاسن الأخلاق ، وهذا القدر كافٍ في هذا الباب .

* * *

---

(١) أثر عمر رواه مالك في الموطأ ، وعبد الرزاق في مصنفه .

(٢) رواه مالك مرسلاً .

(٣) رواه أبو داود ، والترمذي بلفظ : أن امرأة أتت رسول الله ﷺ ، فقالت : كنت تصدقت على أمي بوليدة ، وإنها ماتت ، وتركت تلك الوليدة ، قال « قد وجب أجرك ، ورجعت إليك في الميراث » .

(٤) تقدم تخريج الحديث قبل قليل .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الوصايا *

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين : **القسم الأول** : النظر في الأركان . **والثاني** : في الأحكام . ونحن فإنما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

القول في الأركان

والأركان أربعة : الموصِي ، والموصَى له ، والموصَى به ، والوصية . أما الموصي فاتفقوا على أنه كل مالك صحيح الملك ، ويصح عند مالك وصية السفيه والصبي الذي يعقل القرب ، وقال أبو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذي لم يبلغ ، وعن الشافعي القولان . وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم [1] . وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث لقوله

---

* الوصية جمع وصايا مثل : العطايا جمع عطية . والوصية بالمال « هي التبرع به بعد موته » .

(١) تصح وصية الصبي إذا عقل . روي ذلك عن عمر رضي الله عنه أنه أجاز وصية الصبي ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وشريح ، وعطاء ، والزهري ، وإياس ، وعبد الله عن عتبة ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، وإسحق ، قال إسحق : إذا بلغ اثنتي عشرة ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد . والمنصوص عنه في رواية صالح ، وحنبل تجوز وصيته ، إذا بلغ عشر سنين . قال أبو بكر من الحنابلة : لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ، ومن له دون السبع لا تصح ، وما بين السبع ، والعشر على روايتين .

وعن ابن عباس : لا تصح وصيته حتى يبلغ ، وبه قال الحسن ، ومجاهد ، وأصحاب الرأي ، وللشافعي قولان كالمذهبين انظر (المغني ١٠١/٦) و (المجموع ٣١٨/١٣) .

والمحجور عليه لسفه تصح وصيته في قياس قول أحمد ، وهو قول الأكثرين . وعن الشافعي القولان في الصبي . انظر (المغني) و (المجموع) .

عليـه الصـلاة والسـلام : « لا وصيــة لـوارث »[1] واختلفـوا هـل تجـوز لغير القرابة ؟ فقـال جمهور العلمـاء : إنهـا تجوز لغير الأقربين مع الكراهيـة ، وقـال الحسن وطاوس : ترد الوصية على القرابة ، وبـه قـال إسحـاق . وحجـة هؤلاء ظـاهر قـولـه تعـالى : ﴿ الـوَصِيَّةُ للـوالِـدَيْنِ والأَقْرَبِينَ ﴾[2] والألف والـلام تقتضي الحصر .

واحتج الجمهور بحـديث عمران بن حصين المشهـور وهـو « أن رجـلاً أعتـق ستة أعبد له في مرضـه عنـد موتـه لا مـال لـه غيرهم ، فـأقرع رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق اثنين وأَرَقَّ أربعة »[3] والعبيد غير القرابة ، وأجمعوا ـ كما قلنا ـ أنها لا تجوز لوارث إذا لم يُجِزْها الورثة .

---

(١) الحديث رواه احمد ، والأربعة إلا النسائي ، وحسنه أحمد ، والترمذي ، وقواه ابن خزيمة ، وابن الجارود عن أبي أمـامـة البـاهلي قـال سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إن الله قـد أعطى كل ذي حق حقه ، فلا وصيـة لوارث » ورواه الـدارقطني من حـديث ابن عبـاس ، وزاد في آخره « إلا أن يشاء الورثة » وإسناده حسن ، وعن عمر بن خارجة عنـد الترمـذي ، والنسـائي ، وعن أنس عند ابن ماجـة ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جـده عنـد الـدارقطني . وعن جـابر عنـده أيضـاً . وقـال الصواب : إرسـالـه . وعن علي عنـد ابن أبي شيبـة ولا يخلو إسنـاد كل منهـا عن مقال . قال الصنعـاني : لكن مجموعها ينهض على العمل بـه . بل جزم الشـافعي في الأم أن هـذا المتن متواتر . انظر (سبل السلام ١٠٣/٣) .

ولا تجوز الوصيـة للوارث إلا أن يجيزهـا الـورثـة قـال ابن قـدامـة نقـلاً ، عن ابن المنـذر ، وابن عبـد البر : أجمع أهل العلم على هذا . وإن وصى لغير القرابة ، وتركهم ، صحت الوصيـة في قـول أكثر أهل العلم ، منهم ، سالم ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، ومـالـك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأبي حنيفة ، وأحمد .

وحكي عن طـاوس ، والضحـاك ، وعبـد الملـك بن يعلى : أنهم قـالـوا : يُنزع عنهم ، ويُرد إلى قرابتـه . وعن سعيـد بن المسيب ، والحسن ، وجـابر بن زيـد ، للـذي أوصى لـه ثلث الثلث ، والباقي يرد على قرابة الموصي . انظر (المغني ٥/٦) .

(٢) البقرة آية ١٨٠ .

(٣) تقدم تخريج الحديث .

واختلفوا - كما قلنا - إذا أجازتها الورثة ، فقال الجمهور : تجوز ، وقال أهل الظاهر والمزني : لا تجوز . وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة ؟ فمن قال عبادة قال : لا تجوز وإن أجازها الورثة ، ومن قال بالبيع لحق الورثة أجازها إذا أجازها الورثة ، وتَرَدُّدُ هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث » هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول ؟

واختلفوا في الوصية للميت ، فقال قوم : تبطل بموت الموصَى له ، وهم الجمهور ، وقال قوم : لا تبطل [1] ، وفي الوصية للقاتل خطأ وعمداً في هذا الباب فرع مشهور ، وهو إذا أذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقيل لهم ، وقيل ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أو لا يكونوا ، أعني أنهم إن كانوا في عياله كان لهم الرجوع ، والثلاثة الأقوال في المذهب .

* * *

القول في الموصَى به والنظر في جنسه وقَدْرِه

أما جنسه فإنهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب ، واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار : ذلك جائز ، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة

---

(١) قول أكثر أهل العلم أن الموصى له إذا مات قبل الموصي بطلت الوصية . روي ذلك عن علي ، وبه قال الزهري ، وحماد بن أبي سليمان ، وربيعة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وأحمد .
قال الحسن : تكون لولد الموصَى له . وقال عطاء : إذا علم الموصي بموت الموصى له ، ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً ، فهو لوارث الموصى له .
ولعل القول الثاني : أقرب للصواب ، لأن الموصى ما أوصى إلا أنه يريد الثواب من الله ، وقد حصل ذلك . والله أعلم .

وأهل الظاهر : الوصية بالمنافع باطلة[١] . وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الأموال ، وعمدة الطائفة الثانية أن المنافع منتقلة إلى ملك الورثة ، لأن الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره ، وإلى هذا القول ذهب أبو عمر بن عبد البر .

وأما القدر فإن العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة . واختلفوا فيمن لم يترك ورثة ، وفي القدر المستحب منها ، هل هو الثلث أو دونه ؟ وإنما صار الجميع إلى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه ﷺ « أنه عاد سعد بن أبي وقاص قال له : يارسول الله . قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي ، أفأتصدق بثلثي مالي ؟ فقال له رسول الله ﷺ : لا ، فقال له سعد : فالشطر ؟ قال : لا ، ثم قال رسول الله ﷺ : الثلث ، والثلث كثير .. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس »[٢] فصار

---

(١) وبجواز الوصية بالمنافع قال الشافعي ، وسواء كان المال عَيْناً أم دَيْناً ، حاضراً ، أم غائباً ، معلوماً ، أم مجهولاً ، مشاعاً ، أم محوزاً ، فلو أوصى بخدمة عبده ، أو بغلة داره ، وبثمرة بستانه جاز ، وسواء قدرت بمدة ، أم كانت مؤبدة .

وقال ابن أبي ليلى : إن قدرت بمدة جاز ، وإن لم تقدر بمدة بطلت .

وذهب الشافعي ، وأبو حنيفة ، وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأبيد . انظر (المجموع ١٣/٢٣٨) .

وهذا قول الجمهور منهم مالك ، وأحمد ، والثوري ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . انظر (المغني ٦/٥٩) و (تحفة الفقهاء ٣/ ٣٤٣) لمذهب أبي حنيفة .

(٢) حديث سعد بن أبي وقاص متفق عليه . انظر (الفتح) و (سبل السلام) بل رواه الجماعة . انظر (نيل الأوطار) .

قال الصنعاني : في الحديث دليل على منع الوصية بأكثر من الثلث لمن له وارث ، وعلى هذا استقر الإجماع ، وإنما اختلفوا هل يستحب الثلث ، أو أقل ، فذهب ابن عباس ، والشافعي ، وجماعة إلى أن المستحب ما دون الثلث لقوله « الثلث والثلث كثير » . قال قتادة : أوصى أبو بكر

الناس لمكان هذا الحديث إلى أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث .

واختلفوا في المستحب من ذلك ، فذهب قوم إلى أنه ما دون الثلث ، لقوله عليه الصلاة والسلام في هذا الحديث « والثلث كثير » وقال بهذا كثير من السلف . قال قتادة : أوصى أبو بكر بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلي .

وأما من ذهب إلى أن المستحب هو الثلث فإنهم اعتمدوا على ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : « إن الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم » [١] وهذ الحديث ضعيف عند أهل الحديث . وثبت عن ابن عباس أنه قال : لو غض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلي ، لأن رسول الله ﷺ قال : « الثلث ، والثلث كثير » .

وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له ، فإن مالكاً لا يجيز ذلك والأوزاعي ، واختلف فيه قول أحمد ، وأجاز ذلك أبو حنيفة وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود . وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص

= بالخمس ، وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب إلي ، وذهب آخرون إلى أن المستحب الثلث لقوله ﷺ « إن الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في حسناتكم » وهو ضعيف . والحديث ورد فيمن له وارث . فأما من لا وارث له ، فذهب مالك إلى أنه مثل من له وارث ، فلا يستحب له الزيادة على الثلث ، وأجاز الحنفية له الوصية بالمال كله ، وهو قول ابن مسعود ، فإن أجاز الوارث الوصية بأكثر من الثلث ، نفذت ، لإسقاطهم حقهم ، وإلى هذا ذهب الجمهور . انظر (سبل السلام ١٥٢/٣) .

(١) الحديث رواه الدارقطني عن معاذ . وأخرجه أحمد ، والبزار من حديث أبي الدرداء ، وابن ماجة من حديث أبي هريرة بلفظ « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم » .

قال الحافظ في بلوغ المرام : وكلها ضعيفة ، لكن يقوى بعضها بعضاً . والله أعلم .

قال الصنعاني : لأن في إسناده إسماعيل بن عياش ، وشيخه عتبة بن حميد ،وهما ضعيفان ، وإن كان لهم في رواية إسماعيل تفصيل معروف .

بالعلة التي علله بها الشارع أم ليس بخاص ، وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام: « إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » ؟ فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب أن يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ، ومن جعل الحكم عبادة وإن كان قد علل بعلة، أو جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال : لا تجوز الوصية بإطلاق بأكثر من الثلث .

* * *

القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية

والوصية بالجملة هي هبة الرجل ما له لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به ، وهذا العقد هو من العقود الجائزة باتفاق ، أعني أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به ، إلا المُدَبَّرَ فإنهم اختلفوا فيه على ما سيأتي في كتاب التدبير ، وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له إلا بعد موت الموصي .

واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط في صحتها أم لا ؟ فقال مالك : قبول الموصى له إياها شرط في صحة الوصية ، وروي عن الشافعي أنه ليس القبول شرطاً في صحتها ، ومالك شبهها بالهبة [1] .

* * *

---

(١) الموصى له لا يملك الوصية إلا بالقبول ، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه ، وهو قول جمهور الفقهاء .

فأما إن كانت لغير معين كالفقراء ، والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم كبني هاشم ، وتميم ، أو على مصلحة : كمسجد ، ومستشفى ، ومدرسة أو حج ، لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت . انظر (المجموع) وانظر (المغني ٢٥/٦) .

القول في الأحكام

وهذه الأحكام منها لفظية ، ومنها حسابية ، ومنها حكمية ، فمن مسائلها المشهورة الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعَيَّنَ ما أوصى له به في ماله مما هو الثلث ، فقال الورثة : ذلك الذي عين أكثر من الثلث ، فقال مالك : الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت ، وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وأحمد وداود .

وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصي وقبوله إياها باتفاق ، فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية ؟ وعمدة مالك إمكان صدق الورثة فيما ادعوه ، وما أحسن ما رأى أبو عمر بن عبد البر في هذه المسألة ، وذلك أنه قال : إذا ادعى الورثة ذلك كُلِّفُوا بيان ما ادعوا ، فإن ثبت ذلك أخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشيء الموصى به وكان شريكاً للورثة ، وإن كان الثلث فأقل جُبِروا على إخراجه ، وإذا لم يختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث ، فعند مالك أن الورثة مخيرون بين أن يدفعوا إليه ما أُوصِيَ له به ، أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت ، إما في ذلك الشيء بعينه ، وإما في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكاً للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث .

وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في أن جعل وصيته في شيء بعينه ، فهل الأعدل في حق الورثة أن يخيروا بين إمضاء الوصية أو يفرجوا له إلى غاية ما يجوز للميت أن يخرج عنهم من ماله ، أو يبطل التعدي ويعود ذلك الحق مشتركاً ؟ وهذا هو الأولى إذا قلنا إن التعدي هو في التعيين لكونه أكثر من

الثلث ، أعني أن الواجب أن يسقط التعيين .

وأما أن يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم .

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها فهل هي من الثلث ، أو من رأس المال ؟ فقال مالك : إذا لم يوص بها لم يلزم الورثة إخراجها . وقال الشافعي : يلزم الورثة إخراجها من رأس المال ، وإذا وصى ، فعند مالك يلزم الورثة إخراجها وهي عنده من الثلث ، وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدَّيْنِ لقول رسول الله ﷺ : « فَدَيْنُ الله أحق أن يُقْضَى » وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ، ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بإخراجها بعد الموت ، ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق ، وكأن مالكاً اتهمه هنا على الورثة ، أعني في توصيته بإخراجها ، قال : ولو أجيز هذا لجاز للإنسان أن يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى إذا دنا من الموت وصّى بها فإذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو أضعف منها ، وقال أبو حنيفة : هي وسائر الوصايا سواء ، يريد في المحاصّة . واتفق مالك وجميع أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاصٌ في الثلث ، وإذا كان بعضها أهم من بعض قُدِّمَ الأهم [١] .

---

(١) قال ابن حزم : كل من مات ، وقد فرط في زكاة ، أو في حج الإسلام ، أو في نذر ، أو كفارة ظهار ، أو قتل ، أو يمين ، فإن كل ذلك من رأس ماله لا شيء للغرماء ، ثم إن فضل شيء ، فللغرماء ، ثم الوصية ، ثم الميراث ، وهو قول الحسن ، وطاوس بأصح طريق عنهما ، وهو قول الزهري ، والشافعي ، وأحمد ، وداود . وغيرهم . وقال أبو حنيفة : إن وصى بذلك أخرج ، وإلا فلا (المحلى ١٠/٤٦٥) .

واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد ، فعند مالك والشافعي أنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً ، وقال أبو حنيفة : بل يقتسمان الثلث بالسوية [١] .

وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه بإسقاط الورثة ؟ فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذ كان مشاعاً قال : يقتسمون المال أخماساً ، ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال : يقتسمون الباقي على السواء .

ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به ، فعند مالك أنَّ الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم ، وعند الشافعي تكون في المالين [٢] . وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم ، أو ما علم فقط ؟ والمشهور عن مالك أن المُدَبَّر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلمُ . وفي هذا الباب فروع كثيرة

---

(١) إذا أوصى لرجل بنصف ماله ، ولرجل آخر بربع ماله ، ولم يجز الورثة ذلك . فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم للرجل الأول سهمان ، وللثاني سهم ، هذا قول الجمهور : منهم أحمد ، والحسن ، والنخعي ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو يوسف ، ومحمد .
وقال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، وابن المنذر : لا يضرب للموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث ، لأن ما جاوز الثلث باطل . انظر (المغني ٤٧/٦) مذهب الشافعي .

(٢) مذهب الشافعي . إن وصى لرجل بمال حاضر ، ومال غائب ، أو له عين ، ودين ، دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر ، وثلث العين ، وإلى الورثة الثلثان ، وكل ما حضر من الغائب ، أو نض من الدَّيْنِ شيء ، قسم بين الورثة ، والموصى له ، لأن الموصى له شريك بالثلث ، فصار كالشريك في المال . انظر (التهذيب مع المجموع ٣٥٧/١٤) .
فحكم المال الغائب كحكم المال الذي لا يعلم عند الشافعي ، وأبي حنيفة . انظر (قوانين الأحكام الشرعية ص٤٢٨) وهو مذهب أحمد ، انظر (المغني ١٥٧/٦) .

وكلها راجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ، ولا خلاف بينهم أن للرجل أن يوصي بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التي للإمام أن يوصى بها .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الفرائض *

والنظر في هذا الكتاب ، فيمن يرث ، وفيمن لا يرث ، ومن يرث هل يرث دائماً ، أو مع وارث دون وارث ، وإذا وَرِثَ مع غيره فكم يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث ؟ وإذا ورث مع وارث ، فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف ؟ . والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض ، والسبيل الحاضرة في ذلك بأن يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية ، مثال ذلك أن ينظر إلى الولد إذا انفرد كم ميراثه ، ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين .

فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة : ذو نسب ، وأصهار ، وموالي . فأما ذو

---

* الفرائض : جمع فريضة : كحدائق جمع حديقة ، وهي فعيلة بمعنى مفعول ، مأخوذة من الفرض ، وهو القطع ، يقال : فرضت لفلان كذا ، أي قطعت له شيئًا من المال ، وقيل : هي من فرض القوس ، وهو الحز الذي في طرفه ، حيث يوضع الوتر ، ليثبت فيه ، ويلزمه ، ولا يزول ، كذا قاله الخطابي . وقيل : الثاني خاص بفرائض الله تعالى ، وهي ما ألزم به عباده ، لمناسبة اللزوم لما كان الوتر يلزم محله من القوس .

وقد روى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ قال : « تعلموا الفرائض ، وعلموها ، فإنها نصف العلم ، وهو ينسى ، وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجة ، والدارقطني ، والحاكم .

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « إذا لَهَوْتم ، فالهوا بالرمي ، وإذا تحدثتم ، فتحدثوا بالفرائض » .

ورواه سعيد بن منصور عن جرير عن عاصم الأحول عن مورق العجلي عن عمر بن الخطاب قال : قال رسول الله ﷺ : « تعلموا الفرائض ، واللحن ، والسنة كما تعلمون القرآن » ويروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإني امرؤ مقبوض ، وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة ، فلا يجدان من يفصل بينهما » .

النسب ، فمنها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها . فأما المتفق عليها فهي الفروع : أعني الأولاد ، والأصول : أعني الآباء والأجداد ، ذكوراً كانوا أو إناثاً ، وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل الأدنى : أعني الإخوة ذكوراً أو إناثاً ، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد ، وهم الأعمام وبنو الأعمام ، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط ، وهؤلاء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة ، أما الرجال : فالابن ، وابن الابن وإن سفل ، والأب ، والجد أبو الأب - وإن علا - والأخ من أي جهة كان : أعني للأم والأب أو لأحدهما ، وابن الأخ - وإن سفل - والعم ، وابن العم - وإن سفل - والزوج ومولى النعمة .

وأما النساء : فالابنة ، وابنة الابن ؛ وإن سفلت ، والأم ، والجدة ؛ وإن علت ، والأخت ، والزوجة ، والمولاة .

وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام ، وهم من لا فَرْضَ لهم في كتاب الله ، ولا هم عَصَبَةٌ ، وهم بالجملة بنو البنات ، وبنات الإخوة ، وبنو الأخوات ، وبنات الأعمام ، والعم أخو الأب للأم فقط ، وبنو الإخوة للأم ، والعمات ، والخالات ، والأخوال . فذهب مالك ، والشافعي ، وأكثر فقهاء الأمصار ، وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث لهم ، وذهب سائر الصحابة ، وفقهاء العراق ، والكوفة ، والبصرة ، وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم [1] .

---

(١) من قال بعدم توريث ذوي الأرحام : مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو ثور ، وداود ، وابن جرير ، وكان زيد لا يورثهم ، ويجعل الباقي لبيت المال ، لأن عطاء بن يسار روى « أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والخالة ، فأنزل الله تعالى عليه ألا ميراث لهما » رواه سعيد في سننه ، ولأن العمة ، وابنة الأخ لا ترثان مع أخويهما ، فلا ترثان منفردتين ، كالأجنبيات .

ومن قال بتوريثهم عمر ، وعلي ، وعبد الله ، وأبو عبيدة بن الجراح ، ومعاذ بن جبل ، وأبو =

والـذين قـالوا بتوريثهم اختلفوا في صفـة تـوريثهم ، فـذهب أبـو حنيفـة وأصحـابـه إلى تـوريثهم على ترتيب العصبـات . وذهب سـائر من وَرَّثَهم إلى التنزيـل ، وهـو أن ينزل كل من أدلى منهم بـذي سهم أو عصبـة بمنزلـة السبب الذي أدلى به [1] .

= الدرداء رضي الله عنهم . وبه قال شريح ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، وطاوس ، وعلقمـة ، ومسروق ، وأحمد ، وأهل الكوفة .

وحجتهم قوله تعـالى : ﴿ **وأولوا الأرحـام بعضهم أولى ببعض في كتـاب الله** ﴾ أي أحق بـالتوارث في حكم الله تعالى . انظر (المغني ٢٢٩/٦) .

(١) ذهب أحمـد ، وعلقمـة ، ومسروق ، والشعبي ، والنخعي ، وحمـاد ، ونعيم ، وشريـك ، وابن أبي ليلى ، والثـوري ، وسـائر من ورثهم ذهب مـذهب أهـل التنزيـل ، فيجعـل الخـال بمنزلـة الأم ، والعمة بمنزلة الأب ، وعن أحمد رواية أنه جعل العمة بمنزلة العم ، وبنت الأخ بمنزلة الأخ .

وقـد روي عن علي ، وعبـد الله رضي الله عنهما أنهما نـزلا بنت البنت منزلــة البنت وبنت الأخت ، والعمـة منزلـة الأب ، والخـالـة منزلـة الأم ، وروي ذلـك عن عمر رضي الله عنـه في العمة ، والخالة .

وعن علي أيضاً أنه نزل العمة بمنزلة العم ، وروي ذلك عن علقمة ، ومسروق .

وعن الثوري ، وأبي عبيـد أنها نزلاهـا منزلـة الجـد مع ولـد الإخوة والأخـوات ، ونـزلها آخرون منزلة الجدة . قال ابن قدامة : وإنما صـار هـذا الخلاف في العمـة ، لأنهـا أدلت بـأربعـة جهات وارثات ، فالأب ، والعم أخواها ، والجد ، والجدة أبواها .

ونزل قوم الخالة منزلة جـدة ، لأن الجـدة أمهـا . قـال ابن قـدامـة : والصحيح من ذلـك تنزيل العمة أباً ، والخالة أماً لوجوه ثلاث :

أحدها : ما روي الزهري « أن رسول الله ﷺ قال « العمة بمنزلـة الأب ، إذا لم يكن بينهما أب ، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم » رواه أحمد .

الثاني : أنه قول عمر ، وعلي ، وعبد الله في الصحيح عنهم ، ولا مخالف لهم في الصحابة .

الثـالث : أن الأب أقـوى جهـات العمـة ، والأم أقـوى جهـات الخـالـة فتعين تنزيلها بها دون غيرهـا : كبنت الأخ ، وبنت العم ، فـإنها ينزلان منزلـة أبويها دون أخويها ، ولأنـه إذا اجتمع لها قرابـات ولم يكن توريثها بجميعهـا ، ورثتـا بـأقـواهـا ، كالمجوس عنـد من لم يـورثهم بجميع قراباتهم ، وكالأخ من الأبوين ، فإنا نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه .

فأما أبو حنيفة ، وأصحـابـه ، فـإنهم ورثوهم على ترتيب العصبـات ، فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت ، وإن سفلوا ، ثم ولد أبويـه ، أو أحدهمـا ، وإن سفلوا ، ثم ولـد أبوي أبويـه ، وإن =

وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع ، وجميع ذلك معدوم في هذه المسألة .

وأما الفرقة الثانية ، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وَأُولوا الأَرْحام** ﴾ [(۱)] و﴿ **الوالدان والأقربون** ﴾ [(۲)] واسم القرابة ينطلق على ذوي الأرحام ، ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث .

وأما السنة فاحتجوا بما خَرَّجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي عبيدة أن رسول الله ﷺ قال : « الله ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » [(۳)] . وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبي حنيفة قالوا : إن ذوي الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع

= سفلوا كذلك أبداً ، لا يرث بنو أب أعلى ، وهناك بنو أب أقرب منه ، وإن نزلت درجتهم .
وعن أبي حنيفة : أنه جعل أبا الأم ، وإن علا أولى من ولد البنات ، ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة . انظر (المصدر السابق) وانظر (نيل الأوطار ٧١/٦) .

(۱) الأنفال آية ۷٥ .

(۲) النساء آية ۷ ، ۳۳ .

(۳) الحديث رواه أحمد ، وابن ماجة ، قال الشوكاني : ذكره الحافظ في التلخيص ، ولم يتكلم عليه ، وقد حسنه الترمذي ، ورواه عن بندار عن أبي أحمد الزبيري عن سفيان عن عبد الرحمن بن الحارث عن حكيم بن حكيم بن عباد بن حنيف عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف قال : « كتب عمر بن الخطاب » فذكره .
وعن المقدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال : « من ترك مالاً ، فلورثته ، وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه ، وأرث ، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ، ويرثه » رواه أحمد ، وأبو داود ، وابن ماجة ، والنسائي ، والحاكم ، وابن حبان ، وصححاه ، وحسّنه أبو زرعة الرازي ، وأعله البيهقي بالاضطراب ، ونقل عن يحي بن معين أنه كان يقول : ليس فيه حديث قوي .
قال الشوكاني : وفي الباب عن عائشة عند الترمذي ، والنسائي ، والدارقطني من رواية طاوس عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « الخال وارث من لا وارث له » قال الترمذي : حسن =

لهم سببان : القرابة والإسلام ، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب ، أعني أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد .

وأما أبو زيد ، ومتأخرو أصحابه فشبهوا الإرث بالولاية وقالوا : لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوي الأرحام ، وجب أن يكون لهم ولاية الإرث ، وللفريق الأول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف . وإذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ، ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الأصول من المسائل المشهورة ، المتفق عليها ، والمختلف فيها .

ميراث الصُّلب : وأجمع المسلمون على أن ميراث الأولاد من والدهم ، ووالدتهم إن كانوا ذكوراً وإناثاً معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الأنثيين ، وأن الابن الواحد إذا انفرد فله جميع المال ، وأن البنات إذا انفردن فكانت واحدة أن لها النصف ، وإن كن ثلاثاً فما فوق فلهن الثلثان .

واختلفوا في الاثنتين فذهب الجمهور إلى أن لهما الثلثين ، وروي عن ابن عباس أنه قال : للبنتين النصف [1] . والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى : ﴿ **فإن كُنَّ نِساءً فَوْقَ اثنتين فَلَهُنَّ ثُلُثا ما ترك** ﴾ [2] هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ؟ والأظهر من باب دليل الخطاب أنها لاحقان بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة ، وقد قيل إن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور . وقد روي عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن

= غريب ، وأعله النسائي بالاضطراب ، ورجح الدارقطني والبيهقي وقفه ، قال الترمذي : وقد أرسله بعضهم ، ولم يذكر فيه عائشة ، وقال البزار : أحسن إسناد فيه حديث أبي أمامة بن سهل . وأخرجه عبد الرزاق عن رجل من أهل المدينة ، والعقيلي ، وابن عساكر عن أبي الدرداء ، وابن النجار عن أبي هريرة كلها مرفوعة . انظر (نيل الأوطار ٧١/٦) .

(١) انظر في ذلك (المغني ١٧٠/٦) .

(٢) النساء آية ١١ .

حاتم بن عبد الله وعن جابر « أن النبي ﷺ أعطى البنتين الثلثين » قال - فيما أحسب - أبو عمر بن عبد البر : وعبد الله بن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه ، وخالفهم آخرون .

وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى : ﴿ **يوصيكم الله في أولادكم ، للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأنثيين** ﴾ [١] إلى قوله : ﴿ **وإن كانت واحدةً فلها النصف** ﴾ وأجمعوا من هذا الباب على أن بني البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين ، يرثون كما يرثون ، ويَحْجُبون كما يحجبون ، إلا شيء روي عن مجاهد أنه قال : ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف إلى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع إلى الثمن ، ولا الأم من الثلث إلى السدس .

وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب إذا استكمل بنات المتوفى الثلثين .

واختلفوا إذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتهن أو أبعد منهن ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إنه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبه قال علي (رضي الله عنه) وزيد بن ثابت من الصحابة ، وذهب أبوثور وداود أنه إذا استكمل البنات الثلثين أن الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر ، أو فوقه ، أو دونه . وكان ابن مسعود يقول في هذه : ﴿ **للذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأنثيين** ﴾ [٢] إلا أن يكون الحاصل للنساء [٣] أكثر من السدس فلا تعطى إلا السدس [٤] .

---

(١) النساء آية ١١ .

(٢) النساء آية ١١ .

(٣) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (الحاصلة النساء) والصواب ما أثبتناه .

(٤) أي أن لبنات الابن الأضر بهن من المقاسمة ، أو السدس ، فإن كان السدس أقل مما يحصل لهن =

وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى : ﴿ **يُوصِيكم الله في أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾ ، وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى ، وأيضاً لما كان ابن الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب أن يعصب في الفاضل من المال . وعمدة داود وأبي ثور حديث ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله عز وجل ، فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر » (١) ومن طريق المعنى أيضاً أن بنت الابن لما لم ترث مفردة من

= بالمقاسمة ، فرض لهن ، وأعطى الباقي للذكر ، وإن كان الحاصل لهن بالمقاسمة أقل ، قاسم بهن . انظر (المغني ١٧٣/٦) و (المحلي ٣٤٦/١٠) .

(١) لفظ الحديث « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقي ، فهو لأَوْلَى رجل ذكر » متفق عليه عن ابن عباس .

ومعنى الفرائض : الأنصباء المقدرة فروضهم ، وقوله « لأولى » أفعل تفضيل من الوليّ بمعنى القرب . أي لأقرب رجل من الميت .

قال الخطابي : المعنى أقرب رجل من العصبة . وقال ابن بطال : المراد أن الرجال من العصبة بعد أهل الفروض ، إذا كان فيهم من هو أقرب إلى الميت ، استحق دون من هو أبعد ، فإن استووا اشتركوا ، وقال ابن التين : المراد به العم مع العمة ، وابن الأخ مع بنت الأخت ، وابن العم مع بنت العم ، فإن الذكور يرثون دون الإناث ، وخرج من ذلك الأخ مع الأخت لأبوين ، أو لأب ، فإنهم يشتركون بنص قوله تعالى : (وإن كانوا إخوة رجالاً ، ونساءً ، فللذكر مثل حظ الأنثيين) وكذلك الإخوة لأم ، فإنهم يشتركون هم ، والأخوات لأم لقوله تعالى : (فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) قال الشوكاني : (قوله رجل ذكر) هكذا في جميع الروايات ، ووقع عند صاحب النهاية ، والغزالي ، وغيرهما من أهل الفقه « فلأولى عصبة ذكر » واعترض ذلك ابن الجوزي ، والمنذري بأن لفظة « العصبة » ليست محفوظة ، وقال ابن الصلاح : فيها بعد عن الصحة من حيث اللغة فضلاً عن الرواية ، لأن العصبة في اللغة اسم للجمع ، لا للواحد . وتعقب ذلك الحافظ ، فقال : إن العصبة اسم جنس يقع على الواحد ، فأكثر ، ووصف الرجل بأنه ذكر زيادة في البيان . وقال ابن التين : إنه للتوكيد . وتعقبه القرطبي بأن العرب تعتبر حصول فائدة في التأكيد ، ولا فائدة هنا ، ويؤيد ذلك ما صرح به أئمة المعاني من أن التوكيد لابد له من فائدة ، وهي إما دفع توهم التجوز ، أو السهو ، أوعدم الشمول . وقيل : إن الرجل قد يطلق على مجرد النجدة ، والقوة في الأمر ، فيحتاج إلى ذِكْر (ذَكَر) وقيل : قد يراد برجل معنى الشخص ، فيعم الذكر والأنثى . انظر (نيل الأوطار ٦٣/٦) .

الفاضل عن الثلثين كان أحرى أن لا ترث مع غيرها .

وسبب اختلافهم تعارض القياس ، والنظر في الترجيح ، وأما قول ابن مسعود فمبني على أصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن أكثر من السدس ، لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد ، وهي حجة قريبة من حجة داود ، والجمهور على أن ذَكَرَ وَلَدِ الابنِ يعصبهن كان في درجتهن أو أطرف منهن .

وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يعصبهن إلا إذا كان في مرتبتهن ، وجمهور العلماء على أنه إذا ترك المتوفى بنتاً لصلب ، وبنت ابن ، أو بنات ابن ليس معهن ذَكَرٌ أن لبنات الابن السدس تكملة الثلثين ، وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال في ابن الابن مع الابن ، فالاختلاف في بنات الابن في موضعين : مع بني الابن ، ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف . فالمتحصل فيهن إذا كن مع بني الابن أنه قيل يرثن ، وقيل لا يرثن ، وإذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيباً مطلقاً ، وقيل يرثن تعصيباً إلا أن يكون أكثر من السدس ، وإذا قيل يرثن فقيل أيضاً إذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيفما كان ، والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف إلى تكملة الثلثين ، قيل : يرثن ، وقيل لا يرثن .

* * *

ميراث الزوجات : وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته ـ إذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن ـ : النصف ، ذكراً كان الولد ، أو أنثى ، إلا ما ذكرنا عن مجاهد ، وأنها إن تركت ولداً فله الربع ، وأن ميراث المرأة من زوجها ـ إذا لم يترك الزوج ولداً ولا ولد ابن ـ : الربع ، فإن ترك ولداً أو ولد ابن فالثُّمُنُ ، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد ، وهذا لورود النص

في قوله تعالى : ﴿ **ولكُمْ نِصْفُ ما تَرَكَ أزْواجُكُم إن لَمْ يَكُن لَّهن وَلَد** ﴾ [١] الآية .

* * *

ميراث الأب والأم : وأجمع العلماء على أن الأب إذا انفرد كان له جميع المال ، وأنه إذا انفرد الأبوان كان للأم الثلث ، وللأب الباقي لقوله تعالى : ﴿ **وَوَرِثَهُ أَبَواه فلأُمّه الثُّلُثُ** ﴾ [٢] وأجمعوا على أن فرض الأبوين من ميراث ابنهما إذا كان للابن ولد أو ولد ابن : السُّدُسَانِ ، أعني أن لكل واحد منهما السُّدُس لقوله تعالى : ﴿ **ولأَبَويْهِ لِكُلّ واحدٍ مِّنهما السُّدُسُ مما تَرَكَ إن كان لَهُ وَلَد** ﴾ [٣] والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الأنثى ، وأجمعوا على أن الأب لا ينقص مع ذوي الفرائض من السدس وله ما زاد ، وأجمعوا من هذا الباب على أن الأم يحجبها الإخوة من الثلث إلى السدس لقوله تعالى : ﴿ **فإن كان له إخْوَةٌ فَلأُمّهِ السُّدُسُ** ﴾ [٤] .

واختلفوا في أقل ما يحجب الأم من الثلث إلى السدس من الإخوة ، فذهب علي (رضي الله عنه) وابن مسعود إلى أن الإخوة الحاجبين هما اثنان فصاعداً وبه قال مالك ، وذهب ابن عباس إلى أنهم ثلاثة فصاعداً ، وأن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ، والخلاف آيل إلى أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ، فمن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال : الإخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ، ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال : الإخوة الحاجبون هما اثنان أعني في قوله تعالى : ﴿ **فإن كان له**

---

(١) النساء : آية ١٢ .

(٢) النساء : آية ١١ .

(٣) النساء : آية ١١ .

(٤) النساء آية ١١ .

إخوة ﴾ ولا خلاف أن الذكر والأنثى يدخلان تحت اسم الإخوة في الآية وذلك عند الجمهور[١] .

وقال بعض المتأخرين لا أنقل الأم من الثلث إلى السدس بالأخوات المنفردات ، لأنه زعم أنه ليس ينطلق عليهن اسم الإخوة إلا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث ، إذ اسم الإخوة هو جمع أخ ، والأخ مذكر[٢] .

واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذي تحجب عنه الأم بالإخوة وذلك إذا ترك المتوفى أبوين وإخوة ، فقال الجمهور : ذلك السدس للأب مع الأربعة الأسداس . وروي عن ابن عباس أن ذلك السدس للإخوة الذين حجبوا ، وللأب الثلثان لأنه ليس في الأصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب إلا الإخوة مع الآباء ، وضعف قوم الإسناد بذلك عن ابن عباس ، وقول ابن عباس هو القياس .

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (ما يحجب للأم) والصواب ما أثبتناه .

(٢) للأم ثلاثة أحوال : حال ترث فيه الثلث بشرطين : **أحدهما** : عدم الولد ، وولد الابن من الذكور ، والإناث . **والثاني** : عدم وجود الاثنين ، فصاعداً من الإخوة ، والأخوات من أي الجهات كانوا ذكوراً ، أو إناثاً ، أو ذكوراً ، وإناثاً ، فلها في هذه الحال الثلث . نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك .

الحال الثاني : لها السدس ، إذا لم يجتمع الشرطان . بل كان للميت ولد ، أو ولد ابن ، أو اثنان من الإخوة ، والأخوات في قول جمهور الفقهاء .

وقال ابن عباس : لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس من الإخوة . والأخوات إلا ثلاثة ، وحكي ذلك عن معاذ لقوله تعالى : (فإن كان له إخوة فلأمه السدس) وأقل الجمع ثلاثة . وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه : ليس الأخوان إخوة في لسان قومك ، فَلِمَ تحجب بها الأم ؟ فقال : هل أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ، ومضى في البلدان ، وتوارث الناس به ؟ .

الحال الثالث : إذا كان زوج . وأبوان ، أو امرأة ، وأبوان ، فللأم ثلث الباقي بعد فرض الزوجين . انظر (المغني ١٧٦/٦) .

واختلفوا من هذا الباب في التي تعرف بالغراوين ، وهي فيمن ترك زوجة وأبوين ، أو زوجا وأبوين ، فقال الجمهور في الأولى للزوجة الربع ، وللأم ثلث ما بقي ، وهو الربع من رأس المال ، وللأب ما بقي وهو النصف ، وقالوا في الثانية : للزوج النصف وللأم ثلث ما بقي ، وهو السدس من رأس المال ، وللأب ما بقي وهو السدسان ، وهو قول زيد ، والمشهور من قول علي رضي الله عنه . وقال اين عباس في الأولي : للزوجة الربع من رأس المال ، وللأم الثلث منه أيضا لأنها ذات فرض ، وللأب ما بقي لأنه عاصب ، وقال أيضا في الثانية : للزوج النصف ، وللأم الثلث ، لأنها ذات فرض مسمى ، وللأب ما بقي ، وبه قال شريح القاضي ، وداود ، وابن سيرين ، وجماعة [1] .

وعمدة الجمهور أن الأب والأم لما كانا إذا انفردا بالمال كان للأم الثلث وللأب الباقي ، وجب أن يكون الحال كذلك فيا بقي من المال ، كأنهم رأوا أن يكون ميراث الأم أكثر من ميراث الأب خروجاً عن الأصول .

وعمدة الفريق الآخر أن الأم ذات فرض مسمى والأب عاصب ، والعاصب ليس له فرض محدود مع ذي الفروض ، بل يقل ويكثر ، وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر ، وما عليه الفريق الثاني مع عدم التعليل أظهر ، وأعني

---

(١) وتسميان كذلك بالعمريتين ، لأن عمر رضي الله عنه قضي فيهما بهذا القضاء ، فأتبعه على ذلك عثمان ، وزيد بن ثابت ، وابن مسعود ، وروي ذلك عن علي ، وبه قال الحسن ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو حنيفة ، والنخعي .
وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسألتين ، لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد ، والإخوة ، وليس ههنا ولد ، ولا إخوة ، ويروى ذلك عن علي ، وروي ذلك عن شريح في زوج ، وأبوين ، وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج ، وأبوين ، وكقول ابن عباس في امرأة ، وأبوين ، وبه قال أبو ثور ، وقال به داود الظاهري . انظر (المغني ١٨٠/٦) و (المحلي ٣٢٦/١٠) .

بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببي الإنسان أولى بالإيثار : أعني الأب من الأم .

* * *

ميراث الإخوة للأم : وأجمع العلماء على أن الإخوة للأم إذا انفرد الواحد منهم أن له السدس ذكراً كان أو أنثى وأنهم إن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية ، للذكر منهم مثل حظ الأنثى سواء .

وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة : وهم الأب ، والجد أو الأب وإن علا ، والبنون ذكرانهم وإناثهم ، وبنو البنين وإن سَفَلُوا ذكرانهم وإناثهم ، وهذا كله لقوله تعالى : ﴿ **وإن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً أَوْ امْرَأَةٌ وله أَخٌ أو أُخْتٌ** ﴾[1] الآية ، وذلك أن الإجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الإخوة للأم فقط ، وقد قرىء « وله أخ أو أخت من أمه »[2] وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على أن الكلالة هي فَقْدُ الأصناف الأربعة التي ذكرنا من النسب : أعني الآباء ، والأجداد ، والبنين ، وبني البنين[3] .

---

(١) النساء آية ١٢ .

(٢) انظر في ذلك (المغني ١٨٣/٦) قال ابن قدامة : أما التسوية بين ولد الأم ، فلا نعلم فيه خلافاً ، إلا رواية شاذة عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى .

(٣) قال القرطبي : الكَلاَلَة مصدر من تكلله النسب ، أي أحاط به ، وبه سمي الإكليل ، وهي منزلة من منازل القمر لإحاطتها بالقمر ، إذا احتل بها ، ومنه الإكليل أيضاً ، وهو التاج ، والعصابة المحيطة بالرأس ، فإذا مات الرجل ، وليس له ولد ، ولا والد ، فورثته كلالة ، هذا قول أبي بكر الصديق ، وعمر ، وعلي ، وجمهور أهل العلم . وذكر يحيى بن آدم عن شريك ، وزهير ، وأبي الأحوص عن أبي إسحاق عن سليمان بن عبيد ، قال : ما رأيتهم إلا وقد تواطئوا .
وأجمعوا على أن الكلالة من مات ليس له ولد ، ولا والد ، وهكذا قال صاحب كتاب العين ، وأبو منصور اللغوي ، وابن عرفة ، والعتبي ، وأبو عبيد ، وابن الأنباري ، فالأب ، والابن طرفان للرجل ، فإذا ذهبا تكلله النسب ، ومنه قيل : روضة مكللة ، إذا حفت بالنَّوْرِ .
وقيل : الكلالة مأخوذة من الكلال ، وهو الإعياء ، فكأنه يصير الميراث إلى الوارث عن بُعد ، وإعياء .

=

ميراث الإخوة للأب والأم أو للأب : وأجمع العلمـاء على أن الإخوة للأب ، والأم ، أو للأب فقط يرثون في الكلالـة أيضـاً . أمـا الأخت إذا انفردت فـإن لها النصف ، وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان ، كالحال في البنات ، وأنهم إن كانوا ذكوراً وإناثاً فللذكر مثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات ، وهذا لقولـه تعـالى : ﴿ **يَسْتَفْتُونَكَ قل الله يُفْتِيكُمْ في الكَلالَةِ** ﴾ [1] إلا أنهم اختلفـوا في معنى الكلالة ههنا في أشيـاء واتفقوا منهـا في أشيـاء يـأتي ذكرهـا إن شـاء الله تعالى . فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم ذكرانـاً أو إناثاً أنهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئـاً ، ولا مع ولـد الولـد ولا مع الأب شيئاً .

واختلفوا فيما سوى ذلك ، فمنهـا أنهم [2] اختلفوا في ميراث الإخوة [3] للأب

= وذكر أبو حـاتم ، والأثرم عن أبي عبيـدة قـال : الكلالـة كل من لم يرثـه أب ، أو ابن ، أو أخ ، فهو عند العرب كلالة . قال أبو عمر بن عبد البر : ذِكْرُ أبي عبيـدة الأخ هنـا مع الأب ، والابن في شرط الكلالة غلط ، لا وجه لـه ، ولم يـذكره في شرط الكلالـة غيره . وروي عن عمر ، وأبي بكر : أن الكلالة من لا ولد له خاصة ، ثم رجعا عنه . انظر (القرطبي ٧٦/٥) و (فتح القدير ٤٣٤/١) للشوكاني .

(١) النساء آية ١٧٦ .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (فمنها أنها) والصواب ما أثبتناه .

(٣) في جميع النسخ التي لدينا هكذا (في ميراث الإخوة) والصواب أن يقول (في ميراث الأخوات) لأن الخلاف في ميراث الأخوات مع البنـات أمـا الإخوة الـذكور ، فلا خـلاف بينهم أنهم عصبـة يرثون ما بقي .

قال ابن قدامة : وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، وزيـد ، وابن مسعود ، ومعاذ ، وعائشة رضي الله عنهم ، وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس . ومن تـابعـه ، فـإنـه يروى عنـه أنـه كان لا يجعل الأخوات مـع البنـات عصبـات ، فقـال في بنت ، وأخت : للبنت النصف ، ولا شيء للأخت ، فقيل له إن عمر قضى بخلاف ذلـك ، جعل للأخت النصف ، فقـال ابن عباس أنتم أعلم أم الله ، يريد قوله تعـالى ﴿ **إن امرؤ هلـك ليس لـه ولـد ، ولـه أخت ، فلها نصف ما ترك** ﴾ وأخذ به داود الظاهري . انظر (المحلى ١٠ / ٣١٨) و (المغني ٦ / ١٨٦) .

والأم مع البنت أو البنات ، فذهب الجمهور إلى أنهن عَصَبَة يعطون ما فضل عن البنات ، وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة إلى أن الأخت لا ترث مع البنت شيئاً . وعمدة الجمهور في هذا الحديث ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال في ابنة وابنة ابن وأخت « أن للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللأخت »[1] . وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الإخوة مع البنات ، فكذلك الأخوات .

وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى : ﴿ **إن امرؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ** ﴾[2] فلم يجعل للأخت شيئاً إلا مع عدم الولد ، والجمهور حملوا اسم الولد ههنا على الذكور دون الإناث . وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الإخوة للأب والأم يحجبون الإخوة للأب عن الميراث قياساً على بني الأبناء مع بني الصلب . قال أبو عمر : وقد روي ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن علي رضي الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ أن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات »[3] وأجمع العلماء على أن الأخوات للأب والأم إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للأخوات للأب معهن شيء ، كالحال في بنات الابن

---

(١) حديث ابن مسعود . رواه الجماعة إلا مسلماً ، والنسائي . انظر (نيل الأوطار ٦٦/٦) .

(٢) النساء : ١٧٦

(٣) هذا الحديث رواه أحمد ، والترمذي ، وابن ماجة ، والحاكم عن علي رضي الله عنه قال « إنكم تقرؤون هذه الآية (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وإن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ، وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات ، الرجل يرث أخاه لأبيه ، وأمه ، دون أخيه لأبيه » وللبخاري منه تعليقاً « قضى بالدين قبل الوصية » .

قال الشوكاني : وفي إسناده الحارث الأعور ، وهو ضعيف وقد قال الترمذي : إنه لا يعرفه إلا من حديثه ، لكن العمل عليه ، وكان عالماً بالفرائض ، وقد قال النسائي : لا بأس به . انظر (نيل الأوطار ٦٥/٦) .

قوله (أعيان بني الأم) هم الإخوة من أب وأم ، قوله (دون بني العَلاَّت) هم أولاد الأمهات المتفرقة من أب واحد . والعلة : الضرة ، وبنو العلات ، بنو أمهات شتى من رجل واحد ويقال للإخوة لأم فقط : أخفياء بالخاء . والياء التحتية .

مع بنات الصلب ، وأنه إن كانت الأخت للأب والأم واحدة فللأخوات للأب ما كن بقية الثلثين وهو السدس .

واختلفوا إذا كان مع الأخوات للأب ذكر ، فقال الجمهور : يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الأنثيين ، كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب ، واشترط مالك أن يكون في درجتهن ، وقال ابن مسعود : إذا استكمل الأخوات الشقائق الثلثين الثلثين فالباقي للذكور من الإخوة للأب دون الإناث ، وبه قال أبو ثور ، وخالفه داود في هذه المسألة ، مع موافقته له في مسألة بنات الصلب وبني البنين ، فإن لم يستكملن الثلثين ، فللذكر عنده من بني الأب مثل حظ الأنثيين ، إلا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بني الابن . وأدلة الفريقين في هذه المسألة هي تلك الأدلة بأعيانها [١] .

وأجمعوا على أن الإخوة للأب يقومون مقام الإخوة للأب والأم عند فقدهم ، كالحال في بني البنين مع البنين ، وأنه إذا كان معهن ذكر عصبهن ، بأن يبدأ بمن له فرض مسمى ، ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين كالحال في البنين إلا في موضع واحد وهي الفريضة التي تعرف بالمشتركة ، فإن العلماء اختلفوا فيها ، وهي امرأة توفيت وتركت زوجها وأمها وإخوتها لأمها وإخوتها لأبيها وأمها ، فكان عمر ، وعثمان ، وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللإخوة للأم الثلث ، فيستغرقون المال فيبقى الإخوة للأب والأم بلا شيء ، فكانوا يشركون الإخوة للأب والأم في الثلث مع الإخوة للأم يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وبالتشريك قال من فقهاء الأمصار مالك والشافعي والثوري .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف في هذه المسئلة (المغني ١٧٤/٦) . نقل ابن قدامة الإجماع في أن الأخ لأب إذا كان مع الأخوات لأب ، فإنه يعصبهن مع الأخوات الشقيقات ، إلا ما روي عن ابن مسعود ومن تبعه .

وكان علي رضي الله عنــه ، وأبي بن كعب ، وأبـو مـوسى الأشعري لا يشركـون إخوة الأب والأم في الثلث مع إخوة الأم في هـذه الفريضـة ، ولا يوجبون لهم شيئاً فيها ، وقال به من فقهاء الأمصار : أبو حنيفـة وابن أبي ليلى وأحمـد وأبو ثور وداود وجماعة [١] .

وحجـة الفريق الأول أن الإخوة لـلأب والأم يشـاركـون الإخـوة لـلأم في السبب الـذي بـه يستـوجبـون الإرث وهي الأم ، فـوجب أن لا ينفردوا بـه دونهم ، لأنـه إذا اشتركوا في السبب الـذي بـه يـورثـون وجب أن يشتركـوا في الميراث . وحجـة الفريق الثـاني أن الإخوة الشقـائق عصبـة ، فـلا شيء لهم إذا أحاطت فرائض ذوي السهام بالميراث .

وعمدتهم باتفاق الجميع على أن من ترك زوجاً وأماً وأخاً واحـداً لأم وإخوة شقـائق عشرة أو أكثر أن الأخ للأم يستحـق ههنـا السـدس كامـلاً ، والسـدس البـاقي بين البـاقين مع أنهم مشـاركون لـه في الأم ، فسبب الاختـلاف في أكثر مسائل الفرائض ، هو تعارض المقاييس ، واشتراك الألفاظ فيا فيه نص [٢] .

* * *

ميراث الجد : وأجمع العلمـاء على أن الأب يحجب الجـد ، وأنـه يقوم مقـام

---

(١) وتسمى كذلك الحمارية ، لأنه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقـط ولـد الأبوين ، فقـال بعضهم : ياأمير المؤمنين هب أن أبانـا كان حمـاراً ، أليست أمنـا واحـدة ؟ فشرك بينهم ، وسميت اليميـة ؛ فيروى أنهم قالوا العمر : هب أن أبانا حجر ملقى في اليم .

وبتـوريثهم روي عن عمر ، وعثمان ، وزيـد بن ثـابت رضي الله عنهم حيث أشركـوا بين ولـد الأبوين ، وولد الأم بالثلث ، فقسموه بالسوية . وبه قال مالك ، والشافعي ، وإسحق .

ويروى عن علي ، وابن مسعود ، وأبي بن كعب ، وابن عبـاس ، وأبي مـوسى رضي الله عنهم أنهم لم يورثوهم ، وبه قال الشعبي ، والعنبري ، وشريك ، وأبو حنيفـة ، وأصحـابه ، وأحمـد ، ويحيى ابن آدم ، ونعيم بن حماد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . انظر (المغني ١٨١/٦) .

(٢) انظر هذا الإجماع المصدر السابق (١٨٢/٦) .

الأب عند عدم الأب مع البنين ، وأنه عاصب مع ذوي الفرائض ، واختلفوا هل يقوم مقام الأب في حجب الإخوة الشقائق ، أو حجب الإخوة للأب ؟ فذهب ابن عباس ، وأبو بكر (رضي الله عنهما) وجماعة إلى أنه يحجبهم ، وبه قال أبو حنيفة ، وأبو ثور ، والمزني ، وابن سريج من أصحاب الشافعي ، وداود ، وجماعة ، واتفق على بن أبي طالب (رضي الله عنه) وزيد بن ثابت ، وابن مسعود على توريث الإخوة مع الجد ، إلا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد [١] .

وعمدة من جعل الجد بمنزلة الأب اتفاقهما في المعنى ، أعني من قِبَلِ أن كليهما أب للميت ، ومن اتفاقهما في كثير من الأحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها ، حتى إنه قد روي عن ابن عباس (رضي الله عنه) أنه قال : أما يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ، ولا يجعل أب الأب أباً ؟! . وقد أجمعوا أنه مثله في أحكام أخرى سوى الفروض ، منها أن شهادته لحفيده كشهادة الأب وأن الجد يعتق على حفيده كما يعتق الأب على الابن ، وأنه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب .

وعمدة من وَرَّثَ الأخ مع الجد ، أن الأخ أقرب إلى الميت من الجد ، لأن الجد أبو أبي الميت ، والأخ ابن أبي الميت ، والابن أقرب من الأب ، وأيضاً فما

---

(١) ممن قال إن الجد يسقط الإخوة من أي الجهات أبو بكر الصديق ، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن الزبير ، وروي ذلك عن عثمان ، وعائشة ، وأبيّ بن كعب ، وأبي الدرداء ، ومعاذ ابن جبل ، وأبي موسى ، وأبي هريرة رضي الله عنهم ، وحكي كذلك عن عمران بن الحصين ، وجابر بن عبد الله ، وأبي الطفيل ، وعُبادة بن الصامت ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد . وبه قال قتادة ، وإسحق ، وأبو ثور ، ونعيم بن حماد ، وأبو حنيفة ، والمزني ، وابن شريج ، وابن اللبان ، وداود ، وابن المنذر .

وممن ورثهم علي بن أبي طالب ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو يوسف ، ومحمد . انظر (المغني) و (المحلى) .

أجمعوا عليه من أن ابن الأخ يقدم على العم ، وهو يدلي بـالأب ، والعم يـدلي بالجد .

فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب . فـإن قيل : فـأي القيـاسين أرجح بحسب النظر الشرعي ؟ قلنا : قياس من ساوى بين الأب والجد ، فـإن الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة ، كما أن ابن الابن ابن في المرتبة الثانيـة أو الثالثة ، وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الإخوة فـالجـد يجب أن يحجب من يحجب الابن ، والأخ ليس بأصل للميت ولا فرع ، وإنما هو مشارك له في الأصل ، والأصل أحق بـالشيء من المشـارك لـه في الأصـل ، والجـد ليس هـو أصلاً للميت من قبل الأب بل هو أصل أصلـه ، والأخ يرث من قِبَلِ أنـه فرع لأصل الميت ، فالذي هو أصل لأصله أولى من الذي هو فرع لأصله ، ولـذلـك لا معنى لقول من قال إن الأخ يدلي بالبنوة ، والجد يدلي بـالأبوة ، فـإن الأخ ليس ابناً للميت وإنما هو ابن أبيه ، والجد أبو الميت ، والبنوة إنما هي أقوى في الميراث من الأبوة في الشخص الواحد بعينه أعني الموروث .

وأمـا البنـوة التي تكـون لأب مـوروث ، فليس يلـزم أن تكـون في حـق المـوروث أقـوى من الأبـوة التي تكـون لأب المـوروث ، لأن الأبـوة التي لأب الموروث هي أبوة مـا للمـوروث أعني بعيـدة وليس البنـوة التي لأب المـوروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيـدة ، فمن قـال : الأخ أحق من الجـد ، لأن يدلي بالشيء الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الأب والجد يـدلي بـالأبوة هو قول غالط مخيل ، لأن الجد أب ما ، وليس الأخ ابنًـا مـا . وبـالجملـة الأخ لاحق من لواحق الميت ، وكأنه أمر عارض والجد سبب من أسبـابـه ، والسبب أملك للشيء من لاحقه .

واختلف الذين ورثوا الجد مع الإخوة في كيفيـة ذلـك . فتحصيل مـذهب زيـد في ذلـك أنـه لا يخلـو أن يكـون معـه سـوى الإخـوة ذو فرض مسمى أو

لا يكون ، فإن لم يكن معه ذو فرض مسمى ، أعطي الأفضل له من اثنين : إما ثلث المال ، وإما أن يكون كواحد من الإخوة الذكور ، وسواء أكان الإخوة ذكراناً أو إناثاً أو الأمرين جميعاً فهو مع الأخ الواحد يقاسمه المال ، وكذلك مع الاثنين ، ومع الثلاثة والأربعة يأخذ الثلث ، وهو مع الأخت الواحدة إلى الأربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الأنثيين ، ومع الخمس أخوات له الثلث ، لأنه أفضل له من المقاسمة ، فهذه هي حاله مع الإخوة فقط دون غيرهم .

وأما إن كان معهم ذو فرض مسمى فإنه يُبدأ بأهل الفروض فيأخذون فروضهم ، فما بقي أعطي الأفضل له من ثلاث : إما ثلث ما بقي بعد حظوظ ذوي الفرائض ، وإما أن يكون بمنزلة ذكر من الإخوة ، وإما أن يُعطَى السدس من رأس المال لا ينقص منه ، ثم ما بقي يكون للإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين في الأكدرية ـ على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء .

وأما علي (رضي الله عنه) فكان يعطي الجد الأحظى له من السدس ، أو المقاسمة ، وسواء أكان مع الجد والإخوة غيرهم من ذوي الفرائض أو لم يكن ، وإنما لم ينقصه من السدس شيئاً ، لأنهم لما أجمعوا أن الأبناء لا ينقصونه منه شيئًا كان أحرى أن لا ينقصه الأخوة [1] . وعمدة قول زيد أنه لما كان يحجب الإخوة للأم فلم يُحْجَبْ عما يجب لهم وهو الثلث ، وبقول زيد قال مالك ،

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذهب زيد بن ثابت (المغني ٦/٢١٨) وبقول زيد قال مالك ، والشافعي ، وأحمد . وبقول علي قال الشعبي ، والنخعي ، والمغيرة بن المقسم ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح .

وصنع ابن مسعود في الجد مع الأخوات كصنع علي رضي الله عنه ، وقاسم به الإخوة إلى الثلث ، فإن كان معهم أصحاب فرائض أعطى الفرائض فرائضهم ، ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد الأحظ من المقاسمة ، أو ثلث الباقي ، أو سدس جميع المال ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق ، وعلقمة ، وشريح . وانظر (نيل الأوطار ٦/٧٠) .

والشافعي ، والثوري ، وجماعة ، وبقول علي (رضي الله عنه) قال أبو حنيفة .

وأما الفريضة التي تعرف بالأكدرية وهي امرأة توفيت وتركت زوجاً وأماً وأختاً شقيقة وجَدّاً فإن العلماء اختلفوا فيها ، فكان عمر (رضي الله عنه) وابن مسعود يعطيان للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخت النصف ، وللجد السدس ، وذلك على جهة العَوْل .

وكان علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) وزيد يقولان : للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللأخت النصف ، وللجد السدس فريضة ، إلا أن زيداً يجمع سهم الأخت والجد ، فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد ، وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد في هذه الفريضة ، وبقول زيد قال مالك ، وقيل : إنما سميت الأكدرية لتكدر قول زيد فيها ، وهذا كله على مذهب من يرى العول ، وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الأمصار ، إلا ابن عباس فإنه روي عنه أنه قال : أعال الفرائض عمر بن الخطاب ، وايم الله لو قَدَّمَ من قَدَّم الله وأَخَّر من أَخَّرَ الله ما عالت فريضة ، قيل له : وأيها قدم الله ، وأيها أخر الله ؟ قال : كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها إلا إلى فريضة أخرى فهي ما قدم الله ، وكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي فتلك التي أخر الله فالأول مثل الزوجة والأم ، والمتأخر مثل الأخوات والبنات ، قال : فإذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله ، فإن بقي شيء فلمن أخر الله ، وإلا فلا شيء له ، قيل له : فهلا قلت هذا القول لعمر ، قال : هِبْتُهُ [1] .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف في هذه مسألة (المغني ٢٢٤/٦) وقيل : سميت بالأكدرية ، لأن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه الأكدر ، فأفتى فيها على مذهب زيد ، وأخطأ فيها ، فنسبت إليه .

وقد ذهب أبو بكر رضي الله عنه وموافقوه إلى إسقاط الأخت ، وجعل للأم الثلث ، وما بقي =

وذهب زيد إلى أنه إذا كان مع الجد والإخوة الشقائق إخوة لأب ، أن الإخوة الشقائق يعادُّون الجد بالإخوة للأب ، فيمنعونه بهم كثرة الميراث ، ولا يرثون مع الإخوة الشقائق شيئاً إلا أن يكون الشقائق أختاً واحدة ، فإنها تعادُّ (١) الجد بإخوتها للأب ما بينها وبين أن تستكمل فريضتها ، وهي النصف ، وإن كان فيما يحاز لها ولإخوتها لأبيها فضل عن نصف رأس المال كله ، فهو لإخوتها لأبيها للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم ، فأما علي (رضي الله عنه) فكان لا يلتفت هنا للإخوة للأب للإجماع على أن الإخوة الشقائق يحجبونهم ، ولأن هذا الفعل أيضاً مخالف للأصول ، أعني أن يحتسب بمن لا يرث (٢) .

واختلف الصحابة (رضي الله عنهم) من هذا الباب في الفريضة التي

= للجد . وقال عمر ، وابن مسعود مثلما ذكره المؤلف ، وقال علي ، وزيد مثلما ذكره المؤلف كذلك .

وأصل المسألة في الأكدرية ستة ، وعالت إلى تسعة ، وسهام الأخت ، والجد أربعة بينهما على ثلاثة ، لا تصح ، فنضرب ثلاثة في تسعة ، فتكون سبعة وعشرين ، ثم كل من له شيء في أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربناها في المسألة ، فيكون للزوج ثلاثة في ثلاثة ، فتكون تسعة ، وللأم اثنان في ثلاثة ، فتكون ستة ، فيبقى اثنا عشر بين الجد ، والأخت ، له ثمانية ، ولها أربعة وهذا مذهب الشافعي ، وأحمد . انظر (المغني) لمذهب أحمد ، و (كفاية الأخيار) لمذهب الشافعي وانظر (المحلى ٣٣٣/١٠) لقول ابن عباس .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » ونسخة « دار الفكر » و« دار المعرفة » (تعادي) بالياء . والصواب : (تعادُّ) بتشديد الدال من العدد ، وليس من العدوان ، فتأمل ذلك .

ومعنى هذه العبارة أن الأخت صاحبة فرض ، وهو النصف فإذا كانت مع الجد ، ومعها إخوان لأب ، فإنها تعادُّ الجد في أيها أفضل لها هل النصف ، أو المقاسمة معه ؟ فأيها كان الأفضل لها بعد عدها إخوتها لأبيها على الجد ، أخذت الأفضل لها ، ثم إذا كان هناك باقي ، فللإخوة للأب ، فقوله (ما بينها) أي بين الجد ، والأخت الشقيقة . وكما ترى ، فإن العبارة فيها شيء من الغموض ، لذلك علق بعض المصححين في الطبعات السابقة على هذه العبارة بعدم فهمها ، وغموضها ، فتأمل ذلك .

(٢) وبمذهب زيد في المعَادّة مع الجد ، والإخوة الشقائق ، والإخوة لأب أخذ الشافعي ، وأحمد .

تدعى الخرقاء ، وهي أم وأخت وجد على خمسة أقوال [١] .

فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس إلى أن للأم الثلث والباقي للجد وحجبوا به الأخت ، وهذا على رأيهم في إقامة الجد مقام الأب .

وذهب علي رضي الله عنه إلى أن للأم الثلث وللأخت النصف وما بقي للجد .

وذهب عثمان إلى أن للأم الثلث وللأخت الثلث وللجد الثلث .

وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثلث وللأم السدس ، وكان يقول معاذ الله أن أفضل أماً على جد .

وذهب زيد إلى أن للأم الثلث وما بقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين .

* * *

ميراث الجدات : وأجمعوا على أن للجدة أم الأم السدس ، مع عدم الأم ، وأن للجدة أيضاً أم الأب عند فقد الأب السدس ، فإن اجتمعا كان السدس

---

(١) بل فيها سبعة أقوال كما ذكر ابن قدامة . قول الصديق ، وموافقيه : للأم ثلث ، والباقي للجد ، وقول زيد ، وموافقيه : للأم الثلث ، أصلها من ثلاثة ، ويبقى سهمان بين الأخت ، والجد على ثلاثة ، وتصح من تسعة ، وقول علي : للأخت النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس . وعن عمر ، وعبد الله : للأخت النصف ، وللأم ثلث ما بقي ، وما بقي فللجد .

وعن ابن مسعود : للأم السدس ، والباقي للجد ، وهي مثل القول الأول في المعنى . وعن ابن مسعود أيضاً : للأخت النصف ، والباقي بين الجد والأم نصفان . فتكون من أربعة ، وهي إحدى مربعات ابن مسعود ، وقال عثمان : المال بينهم أثلاثاً : لكل واحد منهم ثلث ، وهي مثلثة عثمان ، وتسمى المسبعة لأن فيها سبعة أقوال ، والمسدسة ، لأن معنى الأقوال يرجع إلى ستة .

وسميت الخرقاء ، لكثرة اختلاف الصحابة فيها ، فكأن الأقوال خرقتها . انظر (المغني ٢٢٤/٦) وانظر (التلخيص ٨٨/٣) .

بينهما . واختلفوا فيما سوى ذلك ، فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن الجدة أم الأم يفرض لها السدس فريضة ، فإذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما إذا كان تعددهما سواء ، أو كانت أم الأب أقعد ، فإن كانت أم الأم أقعد : أي أقرب إلى الميت كان لها السدس ، ولم يكن للجدة أم الأب شيء ، وقد روي عنه أيها أقعد كان لها السدس ، وبه قال علي (رضي الله عنه) ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة ، والثوري ، وأبو ثور ، وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجتمع على توريثها ، وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قِبَلِ الأم واثنتان من قبل الأب : أم الأب وأم أبي الأب أعني الجد ، وكان ابن مسعود يورث أربع جدات : أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب أعني الجد ، وأم أبي الأم أعني الجد ، وبه قال الحسن وابن سيرين . وكان ابن مسعود يُشَرِّكُ بين الجدات في السدس دُنياهن وقُصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها . وقد روي أنه كان يسقط القصوى بالدنيا إذا كانتا من جهة واحدة [1] .

(١) إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى ، فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى ، وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين ، والقربى من جهة الأم ، فالميراث لها ، وتحجب البعدى في قول عامتهم ، إلا ما روي عن ابن مسعود ، ويحيى بن آدم ، وشريك أن الميراث بينهما ، وعن ابن مسعود إن كانتا من جهتين ، فهما سواء ، وإن كانتا من جهة واحدة ، فهو للقربى ، يعني أن الجدتين من قبل الأب ، إذا كانت إحداهما أم الأب ، والأخرى أم الجد ، سقطت أم الجد بأم الأب .

وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب ، فأما القربى من جهة الأب ، فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فعن أحمد روايتان :

إحداهما : تحجبها ، ويكون الميراث للقربى ، وهذا قول عليّ رضي الله عنه ، وإحدى الروايتين عن زيد ، وبه قال أبو حنيفة ، وأصحابه ، وأهل العراق ، وهو قول الشافعي .

والرواية الثانية : عن أحمد ، هو بينهما ، وهي الرواية الثابتة عن زيد ، وبه قال مالك ، والأوزاعي ، وهو القول الثاني للشافعي ، لأن الأب الذي تدلى به الجدة لا يحجب الجدة من قِبَلِ الأم ، فالتي تدلي به ، أولى أن لا يحجبها ، وبهذا فارقتها القربى من قِبَلِ الأم ، فإنها تدلى بالأم ، وهي تحجب جميع الجدات .

=

وروي عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم ، وهو شاذ عند الجمهور ، ولكن له حظ من القياس .

فعمدة زيد ، وأهل المدينة ، والشافعي ، ومن قال بمذهب زيد ما رواه مالك أنه قال : « جاءت الجدة إلى أبي بكر رضي الله عنه تسأله عن ميراثها ، فقال أبو بكر : مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله ﷺ شيئاً فارجعي حتى أسأل الناس ، فقال له المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله ﷺ أعطاها السدس ، فقال أبو بكر : هل معك غيرك ؟ فقال: محمد بن مسلمة ، فقال مثل ما قال المغيرة ، فأنفذه أبو بكر لها ، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها ، فقال لها : ما لك في كتاب الله عز وجل شيء ، وما كان القضاء الذي قضى به إلا لغيرك ، وما أنا بزائد في الفرائض ، ولكنه ذلك السدس ، فإن اجتمعتما فيه فهو لكما ، وأيتكما انفردت به فهو لها » [1] .

= وللقول الأول : أنها جدة قربى ، فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثاً واحداً من جهة واحدة ، فإذا اجتمعن بالميراث ، كان لأقربهن ، كالآباء ، والأبناء ، والإخوة ، والبنات ، وكل قبيل إذا اجتمعوا ، فالميراث لأقربهم . انظر (المغني ٢٠٩/٦) .

(١) حديث « جاءت الجدة إلى أبي بكر .. » رواه مالك ، وأحمد ، وأصحاب السنن ، وابن حبان ، والحاكم من هذا الوجه عن قبيصة بن ذؤيب . قال الحافظ : إسناده صحيح لثقة رجاله ، إلا أن صورته مرسل ، فإن قبيصة لا يصح له سماع من الصديق ، ولا يمكن شهوده للقصة ، قاله ابن عبد البر بمعناه ، وقد اختلف في مولده ، والصحيح أنه ولد عام الفتح ، فيبعد شهوده القصة .
وقد أعله عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع ، وقال الدارقطني في العلل : بعد أن ذكر الاختلاف فيه عن الأزهري : يشبه أن يكون الصواب قول مالك ، ومن تابعه . انظر (التلخيص ٨٢/٣) وقبيصة هذا هو أبو سعيد ، ويقال أبو إسحق ، قبيصة بن ذؤيب بن طلحة ابن عمرو بن كليب بن صرام الخزاعي ، المدني ، ولد عام الفتح كما ذكر الحافظ ، وقيل عام الهجرة ، لكن المشهور عام الفتح ، فعلى ذلك يكون تابعياً ، سمع زيد بن ثابت ، وأبا الدرداء ، وأبا هريرة ، وروي عن أبي بكر الصديق ، وعمر ، وعبد الرحمن بن عوف ، وعبادة بن الصامت ، وجابر ، وعمرو بن العاص ، وابن عباس ، وتميم الداري ، وعائشة ، وأم سلمة رضي الله عنهم مرسلاً . =

وروى مالك أيضاً أنه أتت الجدتان إلى أبي بكر ، فأراد أن يجعل السدس للتي من قِبَلِ الأم ، فقال له رجل : أما إنك تترك التي لو ماتت وهو حي كان إياها يرث ، فجعل أبو بكر السدس بينهما »[١] قالوا : فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة وإجماع الصحابة . وأما عمدة من وَرَّثَ الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم : « أن النبي ﷺ وَرَّثَ ثلاث جدات : اثنتين من قبل الأب ، وواحدة من قبل الأم »[٢] وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للأب لكن الحديث يعارضه .

واختلفوا هل يحجب الجدة للأب ابنها وهو الأب ، فذهب زيد إلى أنه يحجب ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وداود ، وقال آخرون : ترث الجدة مع ابنها ، وهو مروي عن عمر ، وابن مسعود ، وجماعة من الصحابة ، وبه قال شريح ، وعطاء ، وابن سيرين ، وأحمد ، وهو قول الفقهاء المصريين[٣] .

= وأجمعوا على توثيقه ، وجلالته . توفي في خلافة عبد الملك سنة ست ، أو سبع ، وثمانين . انظر (تهذيب الأسماء ، واللغات ٥٦/٢) قال الحافظ : ذكر القاضي حسين : أن التي جاءت إلى الصديق أم الأم . والتي جاءت إلى عمر أم الأب ، وفي رواية ابن ماجة ما يدل له . وفي حديث آخر « أنها أتتا أبا بكر » . انظر (التلخيص) وانظر (سنن البيهقي ٢٣٤/٦) .

(١) حديث « أتت الجدتان أبا بكر .. » رواه مالك في الموطأ ، وهو الذي ذكره الحافظ .

(٢) حديث « أعطى السدس ثلاث جدات : ثنتين من قِبَلِ الأب ، وواحدة من قِبَلِ الأم » رواه الدارقطني بسند مرسل ورواه أبو داود في المراسيل بسنداً آخر عن إبراهيم النخعي ، والدارقطني ، والبيهقي من مرسل الحسن أيضاً . وذكر البيهقي عن محمد بن نصر : أنه نقل اتفاق الصحابة ، والتابعين على ذلك ، إلا ما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه أنكر ذلك ، ولا يصح إسناده عنه . انتهى قول الحافظ من التلخيص .

وراوي الحديث عبد الرحمن بن يزيد بن جارية بن عامر الأوسي ، ابن أخي مجمع . ولد في عهد النبي ﷺ ، وأرسل عنه ، وسمع من عمه . انظر (تجريد أسماء الصحابة) .

(٣) ممن ورث الجدة ، وابنها حي : عمر ، وابن مسعود ، وأبو موسى ، وعمران بن الحصين ، وأبو الطفيل رضي الله عنهم ، وبه قال شريح ، والحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، والعنبري ، وإسحق ، وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل . =

وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوباً بالأب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك ، وأيضاً فلما كانت أم الأم لا ترث بإجماع مع الأم شيئاً كان كذلك أم الأب مع الأب .

وعمدة الفريق الثاني ما روى الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال : « أول جدة أعطاها رسول الله ﷺ سدساً جدة مع ابنها وابنها حي »[1] قالوا : ومن طريق النظر لما كانت الأم وأم الأم لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات ، وينبغي أن يعلم أن مالكاً لا يخالف زيداً إلا في فريضة واحدة ، وهي امرأة هلكت وتركت زوجاً ، وأمّاً ، وإخوة لأم ، وإخوة لأبٍ وأمٍ ، وجَدّاً ، فقال مالك : للزوج النصف ، وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث ، وليس للإخوة الشقائق شيء ، وقال زيد : للزوج النصف . وللأم السدس ، وما بقي للإخوة الشقائق ، فخالف مالك في هذه المسألة أصله من أن الجد لا يحجب الإخوة الشقائق ولا الأخوات للأب .

وحجته أنه لما حجب الإخوة للأم عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم .

* * *

= ومن لم يورثها ، وابنها حيّ : زيد بن ثابت ، وروي ذلك عن عثمان ، وعلي رضي الله عنهم ، وبه قال مالك ، والثوري ، والأوزاعي ، وسعيد بن عبد العزيز ، والشافعي ، وابن جابر ، وأبوثور ، وأصحاب الرأي ، وهو رواية عن أحمد ، رواه عنه جماعة من أصحابه .

ولا خلاف في توريثها مع ابنها ، إذا كان عماً ، أو عم أب ، لأنها لا تدلى به .

وحجة من لم يورثها أنها تدلى بابنها ، فلا ترث معه ، كالجد مع الأب ، وأم الأم مع الأم .

وحجة من ورثها ما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال « أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس : أم أب مع ابنها ، وابنها حيّ » أخرجه الترمذي ، ورواه سعيد بن منصور بلفظ آخر . انظر (المغني ٢١١/٦) .

(١) حديث « أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ سدساً جدة مع ابنها ، وابنها حي » رواه الترمذي ، والدارمي ، والترمذي ، وَضَعَّفَهُ عن ابن مسعود . انظر (مشكاة المصابيح ١٥٣/٢) .

باب في الحجب

وأجمع العلماء على أن الأخ الشقيق يحجب الأخ للأب ، وأن الأخ للأب يحجب بني الأخ الشقيق ، وأن بني الأخ الشقيق يحجبون أبناء الأخ للأب ، وبنو الأخ للأب أولى من بني ابن الأخ للأب والأم ، وبنو الأخ للأب أولى من العم أخي الأب ، وابن العم أخي الأب الشقيق أولى من ابن العم أخي الأب للأب ، وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ، ومن حجب منهم صنفاً فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف .

وبالجملة ، أما الإخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد ، فإذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الأب فقط ، وكذلك الأعمام الأقرب منهم يحجب الأبعد ، فإن استووا حجب منهم من يدلي منهم إلى الميت بسببين من يدلي بسبب واحد ، أعني أنه يحجب العم أخو الأب لأب وابن العم الذي هو أخو الأب لأب فقط .

وأجمعوا على أن الإخوة الشقائق والإخوة للأب يحجبون الأعمام ، لأن الإخوة بنو أب المتوفى ، والأعمام بنو جده ، والأبناء يحجبون بنيهم ، والآباء أجدادهم ، والبنون وبنوهم يحجبون الإخوة ، والجد يحجب من فوقه من الأجداد بإجماع ، والأب يحجب الإخوة ويحجب من تحجبه الإخوة ، والجد يحجب الأعمام بإجماع والإخوة للأم ، ويحجب بنو الإخوة الشقائق بني الإخوة للأب . والبنات ، وبنات البنين يحجبن الإخوة للأم .

واختلف العلماء فين ترك ابني عم أحدهما أخ للأم ، فقال مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري : للأخ للأم السدس من جهة ما هو أخ لأم وهو في باقي المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء ، وهو قول علي (رضي الله عنه) وزيد وابن عباس ، وقال قوم : المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم يأخذ سدسه بالأُخُوَّةِ وبقيته بالتعصيب ، لأنه قد أدلى

بسببين . وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ، ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري ، وهو قول الحسن ، وعطاء [١] .

واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الورثة على ذوي الفرائض إذا بقيت من المال فَضْلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب ، فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وقال جل الصحابة بالرد على ذوي الفروض ما عدا الزوج والزوجة ، وإن كانوا اختلفوا في كيفية ذلك ، وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين ، والبصريين .

وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم ، فمن كان له نصف أخذ النصف مما بقي ، وهكذا في جزء جزء [٢] .

---

(١) قول الجمهور أن للأخ للأم السدس ، وما بقي بينهما نصفين يروى عن عمر (رضي الله عنه) ما يدل على ذلك ، ويروى عن علي (رضي الله عنه) ، وزيد ، وابن عباس (رضي الله عنهما) ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، ومن تبعهم .
وقال ابن مسعود : المال للذي هو أخ من أم . وبه قال شريح ، والحسن ، وابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي ، وأبوثور ، لأنها استويا في قرابة لأب ، وفضله هذا بأم ، فصار كأخوين ، أو عمين أحدهما لأبوين ، والآخر لأب ، ولأنه لو كان ابن عم لأبوين ، وابن عم لأب ، كان ابن العم للأبوين أولى ، فإذا كان قربه لكونه من ولد الجدة ، فكونه من ولد الأم أولى . انظر (المغني ١٨٦/٦) .

(٢) روي الرد عن عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عباس (رضي الله عنهم) ، وحكى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وشريح ، وعطاء ، ومجاهد ، والثوري ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، وهو مذهب أحمد . قال ابن سراقة : وعليه العمل اليوم في الأمصار ، إلا أنه يروى عن ابن مسعود : أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ، ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ، ولا على جدة مع ذي سهم ، وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ، ولا على الجد مع ذي سهم ، قال ابن قدامة : والأول أظهر ، وأصح .
فأما الزوجان ، فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم ، لكن روي عن عثمان أنه رد على زوج ، ولعله كان عصبة ، أو ذا رحم ، أو أنه أعطاه من بيت المال ، لا على سبيل الإرث .
وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ، ولا يرد على أحد فوق =

وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط : أي أن هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد .

وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق بأسباب المواريث يجب أن نذكرها هنا ، فمنها أنه أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى : ﴿ وَلَن يَجْعَلَ اللهُ للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ [1] ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم » [2] واختلفوا في ميراث المسلم الكافر ، وفي ميراث المسلم المرتد ، فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار إلى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الأثر الثابت ، وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة إلى أن المسلم يرث الكافر ، وشبهوا ذلك بنسائهم ، فقالوا : كما يجوز لنا أن ننكح نساءهم ولا يجوز لنا أن ننكحهم نساءنا كذلك الإرث ، ورووا في ذلك حديثاً مسنداً ، قال أبو عمر : وليس بالقويّ عند الجمهور ، وشبهوه أيضاً بالقصاص في الدماء التي لا تتكافأ [3] .

= فرضه ، وبه قال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي رحمهم الله تعالى . انظر (المصدر السابق ٢٠١/٦) .

(١) النساء آية ١٤١ .

(٢) الحديث رواه الجماعة عن أسامة بن زيد . قال الحافظ : وأغرب ابن تيمية في المنتقى ، فادعى أن مسلماً لم يخرجه ، وكذا ابن الأثير في الجامع ادعى أن النسائي لم يخرجه . انظر (التلخيص ٨٤/٣) .

(٣) عدم إرث المسلم الكافر يروى عن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وأسامة بن زيد ، وجابر بن عبد الله (رضي الله عنهم) ، وبه قال عمرو بن عثمان ، وعروة ، والزهري ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وعمرو بن دينار ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وعامة الفقهاء ، وعليه العمل .

وروي عن عمر ، ومعاذ ، ومعاوية (رضي الله عنهم) أنهم ورثوا المسلم من الكافر ، ولم يورثوا الكافر من المسلم ، وحكي ذلك عن محمد ابن الحنفية ، وعلي بن الحسين ، وسعيد بن المسيب ، ومسروق وعبد الله بن معقل ، والشعبي ، والنخعي ، ويحي بن يعمر ، وإسحق ، وليس بموثوق به عنهم . انظر (المغني ٢٩٤/٦) و (الفتح ٤١/١٢) .

وأما مال المرتد إذا قتل أو مات ، فقال جمهور فقهاء الحجاز هو لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وهو قول زيد من الصحابة . وقال أبو حنيفة ، والثوري ، وجمهور الكوفيين ، وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين ، وهو قول ابن مسعود من الصحابة ، وعلي (رضي الله عنهما) [(١)] .

وعمدة الفريق الأول عموم الحديث ، وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس ، وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين : بالإسلام والقرابة ، والمسلمون بسبب واحد ، وهو الإسلام ، وربما أكدوا بما يبقى لماله حكم الإسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه ، وذلك لا يكون إلا بأن يكون لماله حرمة إسلامية ، ولذلك لم يجز أن يقر على الارتداد ، بخلاف الكافر - وقال الشافعي ، وغيره : يؤخذ بقضاء الصلاة إذا تاب من الردة في أيام الردة ، والطائفة الأخرى تقول : يوقف ماله لأن له حرمة إسلامية ، وإنما

---

(١) قال ابن قدامة : لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً ، وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

وإذا مات ، أو قتل على ردته ، فماله فيء للمسلمين ، وهو قول ابن عباس ، وربيعة ، ومالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر .

واختلفت الرواية عن أحمد ، فروي عنه أنه يكون فيئاً في بيت مال المسلمين . قال القاضي من الحنابلة : هو الصحيح في المذهب ، وعنه ما يدل على أنه لورثته من المسلمين . وروي ذلك عن أبي بكر ، وعليّ ، وابن مسعود ، رضي الله عنهم . وبه قال ابن المسيب ، وجابر بن زيد ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والشعبي ، والحكم ، والأوزاعي ، والثوري ، وابن شبرمة ، وأهل العراق ، وإسحق ، لأن الثوري ، وأبا حنيفة ، واللؤلؤي ، وإسحق قالوا : ما اكتسبه في ردته يكون فيئاً . ولم يفرق أصحاب أحمد بين تلاد ماله ، وطارفه ، ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين . وروي عن أحمد أن ماله لأهل دينه الذي اختاره ، إن كان منه من يرثه . وإلا فهو فيء . وبه قال داود ، وروي ذلك عن علقمة ، وسعيد بن أبي عروة ، والمشهور عن أحمد القول الأول . انظر (المغني ٢٩٨/٦، ٣٠٠)و (الفتح ٤٢/١٢) و (المجموع) .

وقف رجاء أن يعود إلى الإسلام ، وأن استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الإرث . وشذت طائفة فقالت : ماله للمسلمين عندما يرتد ، وأظن أن أشهب ممن يقول بذلك .

وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً . واختلفوا في توريث الملل المختلفة ، فذهب مالك وجماعة إلى أن أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى ، وبه قال أحمد وجماعة ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم : الكفار كلهم يتوارثون ، وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثاً : النصارى واليهود والصابئين ملة ، والمجوس ومن لا كتاب له ملة ، والإسلام ملة . وقد روي عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك (١) .

---

(١) الكفار يتوارثون من بعضهم بعضاً ، إذا كان دينهم واحداً . قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا .

فإن اختلفت أديانهم ، فاختلف عن أحمد ، فروي عنه : أن الكفر ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . رواه عنه حرب ، واختاره الخلال . وبه قال حماد ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وداود ، لأن توريث الآباء من الأبناء ، والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله ذكراً عاماً ، فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ، وما لم يستثنه الشرع ، يبقى على العموم .

وروي عن أحمد : أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضا ، اختاره أبو بكر من الحنابلة ، وهو قول كثير من أهل العلم .

وقال القاضي أبو يعلى : الكفر ثلاث ملل : اليهودية ، والنصرانية ، ودين من عداهم ، لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم .

وهذا قول شريح ، وعطاء ، وعمر بن عبد العزيز ، والضحاك ، والحكم ، والثوري ، والليث ، وشريك ، ومغيرة ، والضبي ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، ووكيع . وروي ذلك عن مالك . وروي عن النخعي ، والثوري القولان . ويحتمل كلام الإمام أحمد أن يكون الكفر مللاً كثيرة ، فتكون المجوسية ملة ، وعبادة الأوثان ملة أخرى ، وعبادة الشمس ملة ، فلا يرث بعضهم بعضا . وروي ذلك عن عليّ . وبه قال الزهري ، وربيعة ، وطائفة من أهل المدينة ، وأهل البصرة ، وإسحق .

قال ابن قدامة : وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى .

انظر (المغني ٢٩٦/٦) و (الفتح ٤٢/١٢) .

وعمدة مالك ومن قال بقوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا يتوارث أهل ملتين » ، وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وذلك أن المفهوم من هذا بدليل الخطاب أن المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر . والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا .

واختلفوا في توريث الحملاء ، والحملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك إلى بلاد الإسلام وهم يَدَّعون تلك الولادة الموجبة للنسب ، وذلك على ثلاثة أقوال : قول إنهم يتوارثون بما يدعون من النسب ، وهو قول جماعة من التابعين وإليه ذهب إسحاق . وقول إنهم لا يتوارثون إلا ببينة تشهد على أنسابهم ، وبه قال شريح والحسن وجماعة . وقول إنهم لا يتوارثون أصلاً وروي عن عمر الثلاثة الأقوال ، إلا أن الأشهر عنه أنه كان لا يورث إلا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز .

وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم ، فمنهم من رأى أن لا يورثون إلا ببينة ، وهو قول ابن القاسم : ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلاً ولا بالبينة العادلة ، وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك ابن الماجشون ، وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن نزلوا على حكم الإسلام ، فشهد بعضهم لبعض أنهم يتوارثون ، وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة . لأن مالكاً لا يُجَوِّزُ شهادة الكفار بعضهم على بعض قال : فأما إن سُبُوا فلا يقبل قولهم في ذلك . وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور ، وذلك أنهم قالوا : إن خرجوا إلى بلاد الإسلام وليس لأحد عليهم يد قبلت دعواهم في أنسابهم ، وأما إن أدركهم السبي والرِّقُّ فلا يقبل

قولهم إلا ببينة . ففي المسألة أربعة أقوال : اثنان طرفان ، واثنان مفرقان [١] .

وجمهور العلماء من فقهاء الأمصار ومن الصحابة علي وزيد وعمر أن من لا يرث لا يحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً ، وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعني بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمداً ، وبه قال داود وأبو ثور [٢] .

وعمدة الجمهور أن الحجب في معنى الإرث وأنها متلازمان . وحجة الطائفة الثانية أن الحجب لا يرتفع إلا بالموت .

واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يُدْرَى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث ؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من بعض ، وأن ميراثهم جميعاً لمن بقي من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوي .

وذهب علي وعمر (رضي الله عنهما) وأهل الكوفة وأبو حنيفة ـ فيما ذكر غير الطحاوي عنه ـ وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون [٣] وصفة توريثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ما ورث بعضهم من

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء في الحجب (المحلى ١٠/٤٠٠) .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (المغني ٦/٣١٢)

ومذهب أحمد كمذهب الجمهور في أن الذي لا يرث لا يحجب .

فأما من لا يرث بحجب غيره له ، فإنه يحجب ، وإن لم يرث ، كالإخوة يحجبون الأم ، وهم محجوبون بالأب .

(٣) إذا مات المتوارثان في الغرق ، والهدم والحرق معا ، فقد روي عن أبي بكر الصديق ، وزيد ، وابن عباس ، ومعاذ ، والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض ، وجعلوا ما لكل واحد للأحياء من ورثته . وبه قال عمر بن عبد العزيز . وأبو الزناد ، والزهري ، =

بعض ، أعني أنه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره ، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض ، مثال ذلك زوج وزوجته توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم ، فيورِّثُ الزوجُ من المرأة خمسمائة درهم ، وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون .

ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ، فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت إلى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة ، وأنه ليس لأمه إلا الثلث والباقي لبيت المال ، إلا أن يكون له إخوة لأم ، فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لمواليها ، وإلا فالباقي لبيت مال المسلمين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، إلا أن أبا حنيفة ـ على مذهبه ـ يجعل ذوي الأرحام أولى من جماعة المسلمين .

وأيضاً على قياس من يقول بالرد يرد على الأم بقية المال ، وذهب عليّ وعمر وابن مسعود إلى أن عصبته عصبة أمه أعني الذين يرثونها .

وروي عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه إلا مع

= والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأصحابه (رحمهم الله تعالى) ، ويروى ذلك عن عمر ، والحسن البصري ، وراشد بن سعد ، وحكيم بن عمير ، وعبد الرحمن بن عوف . وهي رواية عن أحمد ما يدل على ذلك .

والرواية الأخرى عنه أنه ذهب إلى قول عمر ، وعلي ، أنه يرث بعضهم من بعض ، أي من تلاد ماله دون طارفه ، وهو ما ورثه من ميت معه ، وبه قال شريح ، وإبراهيم ، والشعبي ، وهو قول إياس بن عبد الله المزني ، وعطاء ، والحسن ، وحميد الأعرج ، وعبد الله بن عتبة ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحيى بن آدم ، وإسحق . وحكي ذلك عن ابن مسعود .

قال الشعبي : وقع الطاعون بالشام عام عمواس ، فجعل أهل البيت الواحد يموتون من آخرهم ، فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه ، فكتب عمر « أن ورثوا بعضهم من بعض » انظر (المغني ٣٠٨/٦) و (المجموع ٥٠٩/١٤) .

فقد الأم وكانوا ينزلون الأم بمنزلة الأب ، وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة [١] .

وعمدة الفريق الأول عموم قوله تعالى : ﴿ فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ﴾ [٢] فقالوا : هذه أم وكل أم لها الثلث ، فهذه لها الثلث . وعمدة الفريق الثاني ما روي من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ « أنه ألحق ولد الملاعنة بأمه » [٣] وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « جعل النبي ﷺ ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثته » وحديث واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال : « المرأة تحوز ثلاثة أموال : عتيقها ، ولقيطها وولدها الذي

---

(١) قال ابن قدامة : إن الرجل إذا لاعن امرأته ، ونفى الولد ، وفرق الحاكم بينهما ، انتفى ولدها عنه ، وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن ، فلم يرثه هو ، ولا أحد من عصابته ، وترث أمه ، وذووا الفروض منه فروضهم ، وينقطع التوارث بين الزوجين . لا نعلم خلافاً بين أهل العلم .
وفي كيفية التوريث اختلاف ، فعن أحمد روايتان :
أحدهما : أن عصبته عصبة أمه . نقلها الأثرم ، وحنبل . يروى ذلك عن علي ، وابن عباس ، وابن عمر . وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وجابر بن زيد ، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، والحسن بن صالح ، إلا أن عليًا يجعل ذا السهم من ذوي الأرحام أحق ممن لا سهم لهم ، وقدم الرد على غيره .
والرواية الثانية عن أحمد : أن أمه عصبته ، فإن لم يكن فعصبتها عصبته . نقله أبو الحارث ، ومهنا . وهو قول ابن مسعود ، وروي نحوه عن عليّ ، ومكحول ، والشافعي . لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ، ولورثتها من بعدها . ورواه أيضا عن مكحول عن النبي ﷺ مرسلا . وروى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال « تحوز المرأة ثلاثة مواريث : عتيقها ، ولقيطها ، وولدها الذي لاعنت عليه » . انظر (المغني ٢٦٠/٦) و (الفتح ٢٤/١٢) و (المجموع ٥٤٩/١٤) .

(٢) النساء آية ١١ .

(٣) حديث عبد الله بن عمر متفق عليه ولفظه « أن رجلا لاعن امرأته في زمن النبي ﷺ ، وانتفى من ولدها ، ففرق النبي ﷺ بينهما ، وألحق الولد بالمرأة » انظر (البخاري مع الفتح ٢٤/١٢) .

لاعنت عليه »[١] وحديث مكحول عن النبي ﷺ بمثل ذلك ، خَرَّجَ جميع ذلك أبو داود وغيره . قال القاضي : هذه الآثار المصير إليها واجب لأنها قد خَصَّصَتْ عموم الكتاب .

والجمهور على أن السنة يخصص بها الكتاب ، ولعل الفريق الأول لم تبلغهم هذه الأحاديث أو لم تصح عندهم ، وهذا القول مروي عن ابن عباس وعثمان ، وهو مشهور في الصدر الأول ، واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار ، فإن هذا ليس يستنبط بالقياس . والله أعلم .

ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وأنكر الثاني ، فقال مالك وأبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ، ولا يثبت بقوله نسبه ، وقال الشافعي : لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئاً .

واختلف مالك وأبو حنيفة في القَدْرِ الذي يجب على الأخ المقر ، فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الأخ الثاني وثبت النسب . وقال أبو حنيفة : يجب عليه أن يعطيه نصف ما بيده ، وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً فأقر بأخ له آخر ، أعني أنه لا يثبت النسب ويجب الميراث ، وأما الشافعي فعنه في هذه المسألة قولان .

أحدهما : أنه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث . **والثاني** : يثبت النسب ويجب الميراث ، وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها

---

(١) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . رواه أبو داود وفي إسناده ابن لَهيعة ، وفيه مقال معروف . قال الترمذي : وروى يونس هذا الحديث عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ نحوه ، وروى مالك عن الزهري عن أبي سلمة ، وسعيد بن المسيب عن النبي ﷺ مرسلا . انظر (النيل ٦/٧٥) .

مسألة عامة ، وهو أن كل من يحوز المال يثبت النسب بإقراره وإن كان واحداً أخاً أو غير ذلك (١) .

وعمدة الشافعية في المسألة الأولى ، وفي أحد قوليه في هذه المسألة ـ أعني القول الغير المشهور ـ أن النسب لا يثبت إلا بشاهدي عدل ، وحيث لا يثبت فلا ميراث ، لأن النسب أصل والميراث فرع ، وإذا لم يوجد الأصل لم يوجد الفرع . وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد إلى الأخ المنكر ، فلا يثبت عليه إلا بشاهدين عدلين ، وأما حظه من الميراث الذي بيد المقر فإقراره فيه عامل لأنه حق أقر به على نفسه . والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم إلا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف أنه شريكه في الميراث حظه منه .

وأما عمدة الشافعية في إثباتهم النسب بإقرار الواحد الذي يجوز له الميراث فالسماع والقياس .

أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت : « كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه إليك ، فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي

---

(١) إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث ، فلم يثبت نسبه ، لزم المقر أن يدفع إليه ما في يده عن ميراثه ، وهو قول مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح ، وشريك ، ويحي بن آدم ، ووكيع ، وإسحق ، وأهل البصرة ، وأحمد .
وقال النخعي ، وحماد ، وأبو حنيفة ، وأصحابه يقاسمه ما في يده ، لأنه يقول : أنا ، وأنت سواء في ميراث أبينا ، وكأن ما أخذه المنكر قد تلف ، أو أخذته يدٌ عادية ، فيستوي فيما بقي .
وقال الشافعي رحمه الله تعالى ، وداود : لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه ، وهل يلزمه فيما بينه ، وبين الله تعالى ؟ على قولين : أصحهما ، لا يلزمه ، لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه ، وعلى القول الذي يُلزِمه دَفْعَ شيء إليه ، ففي قَدْره وجهان : كالمذهبين المتقدمين . انظر (المغني ٢٧٨/٧) .

وقاص وقال : ابن أخي قد كان عهد إليَّ فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة ، فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فتساوقاه إلى رسول الله ﷺ ، فقال سعد : يارسول الله .. ابن أخي قد كان عهد إلي فيه ، فقام إليه عبد بن زمعة فقال : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ : « هو لك ياعبد بن زمعة » ، ثم قال رسول الله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر » ، ثم قال لسودة بنت زمعة : احتجبي منه ، لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قالت : فما رآها حتى لقي الله عز وجل ، فقضى رسول الله ﷺ لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه بإقراره إذ لم يكن هنالك وارث منازع له » [1] .

وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الأصل المجمع عليه في إثبات النسب ، ولهم في ذلك تأويلات ، وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه أثبت نسبه بإقرار أخيه به ، والأصل أن لا يثبت نسب إلا بشاهدي عدل ، ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات ، فقالت طائفة : إنه إنما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه ، لأنه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الأمة كان يطؤها زمعة بن قيس ، وأنها كانت فراشاً له ، قالوا : ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره ، وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام ، فيمكن أن لا يخفى عليه أمرها ، وهذا على القول بأن للقاضي أن يقضي بعلمه ، ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك ، لأنه لا يقضي القاضي عنده بعلمه ، ويليق بمذهب الشافعي على قوله الآخر ، أعني الذي لا يثبت فيه النسب .

والذين قالوا بهذا التأويل قالوا : إنما أمر سودة بالحجبة احتياطاً لِشُبْهَةِ الشَّبَهِ ، لا أن ذلك كان واجباً ، وقال لمكان هذا بعض الشافعية : إن للزوج

(١) حديث عائشة متفق عليه . انظر (البخاري مع الفتح ٢٦/١٢) .

أن يحجب الأخت عن أخيها ، وقالت طائفة : أمره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش .

وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام « هو لك » فقال طائفة : إنما أراد هو عبدك إذ كان ابن أمة أبيك ، وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله ﷺ حكمه في ذلك بقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وقال الطحاوي : إنما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام « هو لك ياعبد بن زمعة » أي يدك عليه بمنزلة ما هو يد اللاقط على اللقطة ، وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بأن قال « الولد للفراش وللعاهر الحجر » .

وأما المعنى الذي يعتمده الشافعية في هذا المذهب ، فهو أن إقرار من يحوز الميراث هو إقرار خلافة : أي إقرار من حاز خلافة الميت ، وعند الغير أنه إقرار شهادة لا إقرار خلافة ، يريد أن الإقرار الذي كان للميت انتقل إلى هذا الذي حاز ميراثه .

واتفق الجمهور على أن أولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة ، وشذ قوم فقالوا : يلتحق ولد الزنا في الإسلام ، أعني الذي كان عن زنا في الإسلام . واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر ، إما من وقت العقد ، وإما من وقت الدخول ، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل ، أو إن كان قد فارقها واعتزلها [١] .

---

(١) حكم ولد الزنا ، حكم ولد اللاعنة على ما تقدم من الأقوال ، إلا أن الحسن بن صالح قال : عصبة ولد الزنا سائر المسلمين ، لأن أمه ليست فراشاً ، بخلاف ولد اللاعنة ، والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه ، إلا أن ولد اللاعنة يلحق اللاعن ، إذا استلحقه ، وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور . وقال الحسن ، وابن سيرين يلحق الواطىء ، إذا أقيم عليه الحد ، أو ملك الموطوءة .

وقال إسحق ، يلحقه ، وذكر عن عروة ، وسليمان بن يسار نحوه ، وروى علي بن عاصم عن أبي =

واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد ، فقال مـالـك : خمس سنين ، وقال بعض أصحابه : سبع ، وقال الشافعي : أربع سنين ، وقـال الكوفيون : سنتـان . وقـال محمد بن الحكم : سنـة ، وقـال داود : ستـة أشهر . وهـذه المسـألـة مرجـوع فيهـا إلى العـادة والتجربـة . ويقـول ابن عبـد الحكم والظـاهريـة هـو أقرب إلى المعتـاد ، والحكم إنمـا يجب أن يكـون بـالمعتـاد لا بالنـادر ، ولعلـه أن يكون مستحيلاً . وذهب مـالـك والشـافعي إلى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بهـا بعـد الوقت وأتت بولـد لستـة أشهر من وقت العقد لا من وقت الـدخول أنـه لا يلحق بـه إلا إذا أتت بـه لستـة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول . وقال أبو حنيفـة : هي فراش لـه ويلحقـه الولد [١] .

وعمدة مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول . وعمدة أبي حنيفـة عموم قولـه عليـه الصلاة والسلام « الـولـد للفراش » وكأنـه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في إلحاق الولـد بـالوطء الحلال .

واختلفوا من هذا الباب في إثبات النسب بالقـافـة ، وذلـك عنـدمـا يطـأ رجلان في طهر واحد بملـك يمين أو بنكاح ، ويتصور أيضـاً الحكم بـالقـافـة في اللقيط الذي يدعيه رجلان أو ثلاثة .

والقافة عند العرب : هم قوم كانت عنـدهم معرفـة بفصول تشـابـه أشخـاص النـاس ، فقال بالقـافـة من فقهـاء الأمصـار مـالـك والشـافعي وأحمـد وأبو ثور

= حنيفة أنه قال : لا أرى بأساً : إذا زنى الرجل بالمرأة ، فحملتِ منـه أن يتزوجهـا ، مع حملهـا ، ويستر عليهـا ، والـولـد ولـده ، وإنمـا الخـلاف فيما إذا ولـد على غير فراش . انظر (المغني ٢٦٦/٦) .

(١) تقدمت هذه المسألة ، والاختلاف فيها .

والأوزاعي ، وأبي الحُكْمَ بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق ، والحكم عند هؤلاء أنه إذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما ، وذلك إذا لم يكن لأحدهما فراش ، مثل أن يكون لقيطاً ، أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الأمة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد ، وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد أبوان فقط ، وقال محمد صاحب أبي حنيفة : يجوز أن يكون ابناً لثلاثة إن ادعوه ، وهذا كله تخليط وإبطال للمعقول والمنقول [١] .

وعمدة استدلال من قال بالقافة ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم : أي بمن ادعاهم في الإسلام فأتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة ، فدعا قائفاً فنظر إليه فقال القائف : لقد اشتركا فيه ، فضربه عمر بالدرة ، ثم دعا المرأة فقال : أخبريني بخبرك ، فقالت : كان هذا ـ لأحد الرجلين ـ يأتي في إبل لأهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن أنه قد استمر بها حمل ، ثم انصرف عنها فأهريقت عليه دماً ، ثم خلف هذا عليها ، تعني الآخر . فلا أدري أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : وال أيهما شئت [٢] . قالوا : فقضاء عمر بمحضر من الصحابة

(١) انظر ما ذكره المؤلف من أقوال العلماء (المغني ٧٧١/٥) . مذهب أحمد أنه إذا ادعاه اثنان ، فألحقته القافة بهما ، لحق بهما ، وكان ابنهما ، يرثهما ميراث ابن ، ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد . وهذا يروى عن عمر ، وعلي (رضي الله عنهما) وهو قول أبي ثور ، وقال الشافعي : لا يلحق بأكثر من والد ، فإذا ألحقته بهما ، سقط قولهما ، ولم يحكم لهما ، واحتج برواية عن عمر (رضي الله عنه) « أن القافة قالت : قد اشتركا فيه ، فقال عمر : وال أيهما شئت » ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين .
وحجة القول الأول ما روى سعيد في سننه عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهر ، فقال القائف : « قد اشتركا فيه جميعاً ، فجعله بينهما » ، وبإسناده عن الشعبي قال : وعلي يقول : هو ابنهما ، وهما أبواه يرثها ، ويرثانه » ، ورواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر .

(٢) رواه مالك في الموطأ .

بالقافة من غير إنكار من واحد منهم هو كالإجماع .

وهذا الحكم عند مالك إذا قضى القافة بالاشتراك أن يؤخر الصبي حتى يبلغ ، ويقال له : وال أيهما شئت ، ولا يلحق واحد باثنين ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو ثور : يكون ابناً لهما إذا زعم القائف أنهما اشتركا فيه ، وعند مالك أنه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى : ﴿ **ياأيهاالناسُ إنّا خلقناكم من ذكرٍ وأنثى** ﴾[١] واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت « دخل رسول الله ﷺ مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم تسمعي ما قال مجزز المدلجي لزيد وأسامة ورأى أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض »[٢] قالوا : وهذا مروي عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ، ولا مخالف لهم من الصحابة .

وأما الكوفيون فقالوا : الأصل أن لا يحكم لأحد المتنازعين في الولد إلا أن يكون هنالك فراش لقوله عليه الصلاة والسلام « الولد للفراش » فإذا عدم الفراش أو اشتركا للفراش كان ذلك بينهما ، وكأنهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية ، فإنه ليس يلزم من قال : إنه لا يمكن أن يكون ابن واحد عن أبوين بالعقل أن لا يجوز وقوع ذلك في الشرع وروي مثل قولهم عن عمر ، ورواه عبد الرزاق عن عليّ ، وقال الشافعي : لا يقبل في القافة إلا رجلان . وعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما** مثل قول الشافعي ، **والثانية** أنه يقبل قول قائف واحد .

والقافة في المشهور عن مالك إنما يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح ، وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي ، وقال أبو عمر بن عبد البر : في هذا حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر ، رواه الثوري عن صالح بن حي عن الشعبي عن زيد بن أرقم قال

---

(١) الحجرات آية ١٣ .

(٢) الحديث متفق عليه . انظر (البخاري مع الفتح ٤٦/١٢) .

« كان عليٌّ باليمن فأتي بامرأة وطئها ثلاثة أناس في طهر واحد ، فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى ، فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه »(١) وفي هذا القول إنفاذ الحكم بالقافة وإلحاق الولد بالقرعة .

واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال : فقال قوم : لا يرث القاتل أصلاً مَنْ قتله . وقال آخرون : يرث القاتل وهم الأقل . وفَرَّقَ قوم بين الخطأ والعمد فقالوا : لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ إلا من الدِّيَةِ ، وهو قول مالك وأصحابه . وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب ، مثل أن يكون من له إقامة الحدود ، وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم(٢) .

---

(١) هذا الحديث رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة مرفوعاً عن زيد بن أرقم . ورواه النسائي ، وأبو داود موقوفاً على عليٍّ بإسناد أجود من المرفوع ، والحديث فيه يحي بن عبد الله الكِنْدي ، المعروف بالأجلح ، قال المنذري : لا يحتج بحديثه . وقال في الخلاصة : وثقه يحي بن معين ، والعجلي : وقال ابن عدي : يعد في الشيعة ، مستقيم الحديث . وضعفه النسائي . قال المنذري : ورواه بعضهم مرسلاً . وقال الخطابي : وقد تكلم في حديث زيد بن أرقم . وقد رواه أبو داود من طريقين : من طريق عبد الله بن الخليل عن زيد بن أرقم ، والثانية من طريق عبد خير عن زيد . قال المنذري : أما حديث عبد خير ، فرجال إسناده ثقات ، غير أن الصواب فيه الإرسال .

وعلى هذا لم تخل واحدة من الطريقين من علة ، فالأولى فيها الأجلح ، والثانية معلولة بالإرسال . انظر (النَّيْل) .

(٢) أجمع أهل العلم على أن القاتل العمد لا يرث من المقتول ، وحكي عن سعيد بن المسيب ، وابن جبير أنها ورثاه ، وهو رأى الخوراج ، لأن الآية تشمله بعمومها .

والمشارك في القتل كالمنفرد .

أما القتل الخطأ ، فذهب الكثير من العلماء أنه لا يرث ، يروى ذلك عن عمر ، وعلي ، وزيد ، وعبد الله بن مسعود ، وعبد الله بن عباس ، وروي نحوه عن أبي بكر ، وبه قال شريح ، وعروة ، وطاوس ، وجابر بن زيد ، والنخعي ، والشعبي ، والثوري ، وشريك ، والحسن بن =

وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي ، وذلك أن النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث إلى القتل ، واتباع الظاهر ، والتعبد يوجب أن لا يلتفت إلى ذلك ، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع ﴿ وما كان رَبُّكَ نَسِيًا ﴾ [1] كما تقول الظاهرية .

واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث ، كذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام ، فقال الجمهور : إنما يعتبر في ذلك وقت الموت ، فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده ، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء أكان إسلامه قبل القَسْمِ أو بعده . وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة : المعتبر في ذلك يوم القسم ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب [1] .

وعمدة كلا الفريقين قوله ﷺ « أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي

= صالح ، ووكيع ، والشافعي ، وأحمد ، ويحيى بن آدم ، وأبو حنيفة .
وورثه آخرون من المال دون الدية ، روي ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعمرو بن شعيب ، وعطاء ، والحسن ، ومجاهد ، والزهري ، ومكحول ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وداود ، وروي نحوه عن عليٍّ . انظر (المغني ٢٩١/٦) و (نيل الأوطار ٨٥/٦) .

(١) روي عن عمر ، وعثمان ، والحسن بن علي ، وابن مسعود : أنه إذا أسلم قبل قسم ميراث مورثه ، فإنه يرث . وبه قال جابر بن زيد ، والحسن ، ومكحول ، وقتادة ، وحميد ، وإياس بن معاوية ، وإسحق ، وهي رواية عن أحمد ، نقلها عنه الأثرم ، ومحمد بن الحكم . وبه قال الحسن .
ونقل أبو طالب عن أحمد فيمن أسلم بعد الموت لا يرث . وهذ هو المشهور عن علي رضي الله عنه . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهري ، وسليمان بن يسار ، والنخعي ، والحكم ، وأبو الزناد ، وأبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي رحمهم الله تعالى ، وهو قول عامة الفقهاء لقول النبي ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » انظر (المغني) .

على قسم الجاهلية ، وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على ما قَسَمَ الإسلام »[١] فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام .

وروي من حديث عطاء « أن رجلاً أسلم على ميراث على عهد رسول الله ﷺ قبل أن يقسم ، فأعطاه رسول الله ﷺ نصيبه »[٢] ، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسمة . فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب .

قال القاضي : ولما كان الميراث إنما يكون بأحد ثلاثة أسباب : إما بنسب ، أو صهر ، أو ولاء ، وكان قد قيل في الذي يكون بالنسب والصهر ، فيجب أن نذكر ههنا الولاء . ولمن يجب فيه ممن لا يجب ، وما أحكامه ؟ .

* * *

(١) حديث ابن عباس لفظه « كل قَسْمٍ قُسِمَ في الجاهلية ، فهو على ما قُسِمَ ، وكل قَسْمٍ أدركه الإسلام ، فإنه على ما قَسَمَ الإسلام » رواه أبو داود ، وابن ماجة ، انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٨٣/٦) .

(٢) لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ .

باب في الولاء

فأما من يجب له الولاء ، ففيه مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لهذا الباب .

المسألة الأولى أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث ، وأنه عصبة له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال . فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه ، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة « إنما الولاء لمن أعتق »[١] واختلفوا إذا أعتق عبداً عن غيره ، فقال مالك الولاءللمعتق عنه لا الذي باشر العِتْقَ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : إن أعتقه عن علم المعتق عنه ، فالولاء للمعتق عنه ، وإن أعتقه عن غير علمه ، فالولاء للمباشر للعتق[٢] .

وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النسب » قالوا : فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير إذنه ، فكذلك الولاء ، ومن طريق المعنى فلأن عتقه حرية وقعت في ملك المعتق ، فوجب أن يكون الولاء له ، أصله

---

(١) حديث « الولاء لمن أعتق » متفق عليه من حديث عائشة . انظر (التلخيص) .

(٢) انظر الإجماع على ذلك (المغني ٣٤٨/٦)

وإن أعتق عن شخص بلا أمره ، أو عن ميت ، فالولاء للمعتق وهو قول الثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأحمد وأبي يوسف ، وداود .

وروي عن ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه . وبه قال الحسن ، ومالك ، وأبو عبيد .

وإن أعتق عنه بأمره ، فالولاء للمعتق عنه ، وبه قال سائر من ذكرنا ، غير أن أبا حنيفة قال : الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض ، فيكون له الولاء ، ويلزم العِوَض ، ويصير كأنه اشتراه ، ثم وكله في إعتاقه . أما إذا كان عن غير عوض ، فلا يصح تقدير البيع ، فيكون الولاء لمن أعتق ، وعن أحمد مثل ذلك ، ووافق أبا حنيفة أبو يوسف ، ومحمد بن الحسن ، وداود . انظر (المصدر السابق) وانظر (بدائع الصنائع ٢٥٢٥/٥) لمذهب أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد .

إذا أعتقه من نفسه ، وعمدة مالك أنه إذا أعتقه عنه فقد ملكه إياه ، فأشبه الوكيل ، ولذلك اتفقوا على أنه إذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه له لا للمباشر وعند مالك أنه من قال لعبده : أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين ، وعندهم يكون للمعتق .

* * *

المسألة الثانية : اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له ؟ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة : لا ولاء له ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : له ولاؤه إذا والاه ، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يوالي رجلاً آخر فيرثه ويعقل عنه ، وأن له أن ينصرف من ولائه إلى ولاء غيره ما لم يعقل عنه ، وقال غيره : بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاؤه [١] .

فعمدة الطائفة الأولى قوله ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » و (إنما) هذه هي التي يسمونها الحاصرة ، وكذلك الألف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصّاً بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره : أعني أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول إلا للمعتق فقط المباشر .

وعمدة الحنفية في إثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى : ﴿ وَلِكُلٍّ جَعَلْنَا

(١) من أسلم على يدي رجل ، لم يرثه ذلك الرجل إذا مات في قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد .
وقد روي عنه رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه ، وهو قول أبي حنيفة ، وإسحق ، وحكي عن إبراهيم أن له ولاءه ، ويعقل عنه ، وعن ابن المسيب إن عقل عنه ، ورثه ، وإن لم يعقل عنه ، لم يرثه ، وعن عمر ، وعمر بن عبد العزيز (رضي الله عنهما) أنه يرثه ، وإن لم يواله .
وشرط أبي حنيفة : العقد ، وهو الإيجاب ، والقبول ، وهو أن يقول الذي أسلم على يد إنسان له ، أو لغيره : أنت مولاي ترثني ، إذا مت ، وتعقل عني ، ولو أسلم عند أبي حنيفة على يد رجل ، ولم يواله ، ووالى غيره ، فهو مولى للذي والاه ، وعند عطاء ، هو مولى للذي أسلم على يده ، انظر (المغني ٣٨٠/٦) و (بدائع الصنائع ٢٥٤٧/٥) لمذهب أبي حنيفة ، و (الفتح ٣٨/١٢) و (شرح مسلم للنووي بهامش إرشاد الساري ٣٤٠/٦) لمذاهب العلماء .

مَوَالِيَ مما تَرَكَ الوَالِدَانِ والأَقْرَبُونَ ﴾ (١) وقوله تعالى : ﴿ والَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ ﴾ (٢) وحجة من قال : الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الداري قال : « سألت رسول الله ﷺ عن المشرك يسلم على يد مسلم ؟ فقال : هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته » (٣) وقضى به عمر بن عبد العزيز .

وعمدة الفريق الأول أن قوله تعالى : ﴿ والَّذِين عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ منسوخة بآية المواريث ، وأن ذلك كان في صدر الإسلام .

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك إلا ولاء السائبة (٤) .

* * *

(١) النساء آية ٣٣ .

(٢) النساء آية ٣٣ .

(٣) حديث تميم الداري « سألت رسول الله ﷺ عن المشرك يسلم على يد مسلم ... » أخرجه أصحاب السنن الأربعة في كتبهم ، ورواه أحمد ، وابن أبي شيبة ، والدارمي ، وأبو يعلى الموصلي والدارقطني ، وعبد الرزاق ، والطبراني . قال البيهقي في « المعرفة » قال الشافعي : هذا حديث ليس عندنا بثابت : إنما يرويه عبد العزيز بن عمر عن ابن موهب عن تميم الداري ، وابن موهب ليس بالمعروف عندنا ، ولا لقي تميماً فيما نعلم ، ومثل هذا لا يثبت عندنا . وقال يعقوب ابن سفيان الفسَوي : هذا خطأ ابن موهب لم يسمع من تميم . وضعفه البخاري ، وأدخل بعضهم بينه ، وبين تميم قبيصة ، وهو أيضاً ضعيف . وقال ابن القطان في كتابه : وعلة هذا الحديث الجهل بحال عبد الله بن موهب ، فإنه لا يعرف حاله ، وكان قاضي فلسطين ، ولم يعرفه ابن معين . وقال الخطابي : وقد ضعف أحمد بن حنبل هذا الحديث ، وقال : إن راويه عبد العزيز ليس من أهل الحفظ ، والإتقان ، وقال ابن المنذر : لم يروه غير عبد العزيز بن عمر ، وهو شيخ ليس من أهل الحفظ ، وقد اضطربت روايته فيه .

قال الزيلعي : عبد العزيز هذا من رجال الصحيحين ، وقال ابن معين : ثقة ، روى يسيراً ، وقال أبو زرعة : لا بأس به . وقال أبو نعيم : ثقة ، وقال ابن عمار : ثقة لا اختلاف فيه . انتهى من (نصب الراية ١٥٦/٤) و (الفتح ٣٧/١٢) .

(٤) حديث النهي عن بيع الولاء ، وهبته ، رواه الجماعة عن ابن عمر . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٧٨/٦) .

المسألة الثالثة اختلف العلماء إذا قال السيد لعبده أنت سائبة ، فقال مالك : ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من أعتق عن المسلمين إلا أن يريد به معنى العتق فقط ، فيكون ولاؤه له ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ولاؤه للمعتق على كل حال ، وبه قال أحمد وداود وأبو ثور ، وقالت طائفة : له أن يجعل ولاءه حيث شاء ، وإن لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين ، وبه قال الليث والأوزاعي (١) ، وكان إبراهيم والشعبي يقولان : لا بأس ببيع ولاء

= ومعنى السائبة كما في القاموس : المهملة ، والعبد يعتق على أن لا ولاء له . وكان أهل الجاهلية يفعلون ذلك ، ثم هدمه الإسلام فعن هُزَيْلِ بن شرحبيل قال « جاء رجل إلى عبد الله ، فقال : إني أعتقت عبداً لي ، وجعلته سائبة ، فمات ، وترك مالاً ، ولم يدع وارثاً ، فقال عبد الله : إن أهل الإسلام لا يسيِّبون ، وإنما كان أهل الجاهلية يسيِّبون ، وأنت ولي نعمته ، ولك ميراثه ، وإن تأثمت ، وتحرجت في شيء ، فنحن نقبله ، ونجعله في بيت المال » رواه البرقاني على شرط الصحيح ، وللبخاري منه « إن أهل الإسلام لا يسيبون ، وإن أهل الجاهلية كانوا يسيِّبون » انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٧٩/٦) وهزيل (بالزاي) مصغر ، كما جاء في الفتح .

(١) قال الحافظ : كأن يقول له سيده : لا ولاء لأحد عليك ، أو أنت سائبة يريد بذلك عتقه ، وأن لا ولاء لأحد عليه ، وقد يقول له : أعتقك سائبة ، أو أنت حر سائبة ، ففي الصيغتين الأوليين يفتقر إلى نية ، وفي الأخرين يعتق ، واختلف في الشرط ، فالجمهور على كراهته ، وشذ من قال بإباحته ، واختلف في ولائه . انظر (الفتح ٣٣/١٢) .

وقال ابن قدامة : قال أحمد في رواية عبد الله : الرجل يعتق عبده سائبة ، هو الرجل يقول لعبده : قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله لله ، ولا يكون ولاؤه لمولاه ، قد جعله لله ، وسلمه . قال أبو عمرو الشيباني عن عبد الله بن مسعود : السائبة ، والصدقة ليومها ، ومتى قال الرجل لعبده : أعتقك سائبة ، أو أعتقك ، ولا ولاء لي عليك ، لم يكن عليه ولاء ، فإن مات ، وخلف مالاً ، ولم يدع وارثاً ، اشترى بماله رقاباً ، فأعتقوا في المنصوص عن أحمد ، وأعتق ابن عمر عبداً سائبة ، فمات ، فاشترى ابن عمر بماله رقاباً ، فأعتقهم .

وقال عمر بن عبد العزيز ، والزهري ، ومكحول ، وأبو العالية ، ومالك : يجعل ولاءه للمسلمين ، وعن عطاء الله أنه قال : كنا نعلم أنه إذا قال : أنت حر سائبة ، فهو يوالي من يشاء ، ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر . والولاء للمعتق ، وهذا قول النخعي ، والشعبي ، وابن سيرين ، وراشد بن سعد ، وضمرة بن حبيب ، والشافعي ، وأهل العراق لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » انظر (المغني ٣٥٣/٦) .

السائبة وهبته ، وحجة هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسألة التى قبلها . وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

* * *

المسألة الرابعة اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم إذا أعتقه النصراني قبل أن يباع لمن يكون ؟ فقال مالك وأصحابه : ولاؤه للمسلمين ، فإن أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد إليه ولاؤه ولا ميراثه [١] وقال الجمهور ولاؤه لسيده فإن أسلم كان له ميراثه . وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب ، وأنه إذا أسلم الأب بعد إسلام الابن أنه يرثه ، فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى : ﴿ **وَلَن يَّجْعَلَ اللهُ للكافرين على المؤمنين سبيلا** ﴾ [٢] فهو يقول : إنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيا بعد .

وأما إذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه إذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له . ولذلك اتفقوا أنه إذا أعتق النصراني

---

(١) قال ابن قدامة : وإن اختلف دين السيد ، وعتيقه ، فالولاء ثابت ، لا نعلم فيه خلافاً .. وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين ؟

قال قوم : يرثه . روي ذلك عن عليّ ، وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر ، وبه قال أحمد .

وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما . لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم » .

وقال مالك : يرث المسلم مولاه النصراني ، لأنه يصلح له تملكه ، ولا يرث النصراني مولاه المسلم ، لأنه لا يصلح له تملكه . انظر (المغني ٣٤٩/٦) .

وعند مالك إذا أسلم عبد الذمي ، فأعتقه الذمي ، فيكون ولاؤه للمسلمين ، ولا يرجع إليه أبداً بعد . أسلم ، أو لم يسلم .

أما إذا أعتق ذمي عبده كافراً ، ثم أسلم المعتَقَ ، ومُعتِقُه كافر ، فلا سبيل له إلى ولائه ، إلا أن يسلم ، فإن أسلم كان له ولاؤه ، وميراثه . انظر (الكافي ٢٧٩/٢) لمذهب مالك .

(٢) النساء آية ١٤١ .

الذِّمّيُّ عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع ، فإن أسلم المولى عاد إليه . وإن كانوا اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على دينه ، ثم يخرجان إلينا مُسْلِمينِ ، فقال مالك : هو مولاه يرثه [١] ، وقال أبو حنيفة : لا ولاء بينهما ، وللعبد أن يوالي من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف [٢] . وخالف أشهب مالكاً فقال : إذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد إلى المولى ولاؤه أبداً ، وقال ابن القاسم : يعود . وهو معنى قول مالك ، لأن مالكاً يعتبر وقت العتق . وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا [٣] تقع بعد . فإنه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضاً . ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من مللهم .

* * *

المسألة الخامسة : أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن أو هاجر إليهن من باشرن عتقه ، إما بولاء أو بنسب ، مثل معتق معتقها أو ابن معتقها ، وأنهن لا يرثن معتق من يرثنه إلا ما حكي عن شريح . وعمدته أنه لما كان لها ولاء ما أعتقت بنفسها كان لها ولاء ما أعتقه مورثها قياسًا على الرجل ، وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى ، وهو أرفع مراتب القياس ، وإنما الذي يوهنه الشذوذ .

وعمدة الجمهور أن الولاء إنما وجب للنعمة التي كانت للمعتِقِ على المعتَقِ [٤] ، وهذه النعمة إنما توجد فيمن باشر العتق ، أو كان من سبب قوي من أسبابه وهم العصبة . قال القاضي : وإذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له

---

(١) انظر (الكافي ٤٤٣/٢) لمذهب مالك .

(٢) انظر (بدائع الصنائع ٢٥٢٧/٥) لمذهب أبي حنيفة .

وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق ، وله ولاؤه ، إذا خرجا مُسْلِمَيْنِ .

(٣) الأولى أن يقول (لم تقع بعد)

(٤) الأولى بكسر التاء ، والثانية بفتحها .

ولاء ، فبقي النظر في ترتيب أهل الولاء في الولاء . فمن أشهر مسائلهم في هذا الباب المسألة التي يعرفونها بالولاء للكبر ، مثال ذلك : رجل أعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك أخوين أو ابنين ، ثم مات أحد الأخوين وترك ابناً ، أو أحد الابنين ، فقال الجمهور في هذه المسألة : إن حظ الأخ الميت من الولاء لا يرثه ابنه ، وهو راجع إلى أخيه لأنه أحق به من ابنه بخلاف الميراث ، لأن الحَجْبَ في الميراث يعتبر بالقرب من الميت ، وهنا بالقرب من المباشر للعتق [١] ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب ، وعلي وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة ؛ وقال شريح وطائفة من أهل البصرة : حق الأخ الميت في هذه المسألة لبنيه [٢] .

وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث . وعمدة الفريق الأول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسألة التي تعرف بجر الولاء . وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة ، فأعتقت الأمة ثم أعتق العبد بعد ذلك ، فإن العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين إذا أعتق الأب .

وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الأم إذا لم يمس المولود الرق في بطن أمه ، وذلك يكون إذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الأب هو لموالي الأم .

واختلفوا إذا أعتق الأب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لا يجر ؟ فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم إلى أنه يجر ، وبه قال علي رضي الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان . وقال عطاء وعكرمة

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (من المباشر المعتق) والصواب ما أثبتناه .

(٢) انظر هذه المسألة (المغني ٦/٣٧٦) و (نيل الأوطار ٦/٨١) لمذاهب العلماء .

وابن شهاب وجماعة : لا يجر ولاءه . وروي عن عمر ، وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب ، وإن كان قد روي عن عمر مثل قول الجمهور[1] . وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب ، والنسب للأب دون الأم .

وعمدة الفريق الثاني أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لأمهم كانوا في

---

(١) انظر هذه المسألة (المغني ٣٦٤/٦)

وقد اشترط ابن قدامة للانجرار شروطاً ثلاثة :

أحدها : أن يكون الأب عبداً حين الولادة ، فإن كان حراً ، وزوجته مولاة ، لم يخل : إما أن يكون الأصل حراً ، فلا ولاء عليه ، ولا على ولده بحال ، وإن كان مولى ، ثبت الولاء على ولده لمواليه ابتداء ولا جر فيه .

الثاني : أن تكون الأم مولاة ، فإن لم تكن كذلك ، لم تخل ، إما أن تكون حرة الأصل ، فلا ولاء على ولدها بحال ، وهم أحرار بحريتها ، أو تكون أمة ، فولدها رقيق لسيدها ، فإن أعتقهم ، فهؤلاء له ، ولا ينجر عنه بحال ، سواء أعتقهم بعد ولادتهم ، أم أعتق أمهم حاملاً بهم ، فعتقوا بعتقها ، لأن الولاء يثبت بالعتق مباشرة ، فلا ينجر عن المعتق ، وإن أعتقها المولى ، فأتت بولد لدون ستة أشهر ، فقد مسه الرق ، وعتق بالمباشرة ، فلا ينجر ولاؤه ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية ، لم يحكم بمس الرق له ، وانجر ولاؤه ، لأنه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق ، فلم يمسه الرق ، ولم يحكم برقه بالشك ، وإن كانت المرأة بائناً ، وأتت بولد لأربع سنين من حين الفرقة ، لم يلحق بالأب ، وكان ولاؤه لمولى أمه ، وإن أتت به لأقل من ذلك ، لحقه الولد ، وانجر ولاؤه ، وولد الأمة مملوك ، سواء كان من نكاح ، أم من سفاح ، عربياً كان الزوج ، أم أعجمياً ، وهذا قول عامة الفقهاء .

وعن عمر : إن كان زوجها عربياً ، فولده حر ، وعليه قيمته ، ولا ولاء عليه ، وعن أحمد مثله ، وبه قال ابن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبو ثور . وبه قال الشافعي في القديم ، ثم رجع عنه .

الثالث : أن يعتق العبد سيده ، فإن مات على الرق ، لم ينجر الولاء بحال . وهذا لا خلاف فيه . فإن اختلف سيد العبد ، ومولى الأم في الأب بعد موته ، فقال سيده : مات حراً بعد جر الولاء ، وأنكر ذلك مولى الأم ، فالقول قول مولى الأم .

ذكره أبو بكر من الحنابلة ، لأن الأصل بقاء الرق . وهذا مذهب الشافعي . انظر (المغني ٣٦١/٦) .

موجب الحرية تابعين لها ، وهو الولاء ـ وذهب مالك إلى أن الجد يجر ولاء حَفَدَتِهِ إذا كان أبوهم عبداً ، إلا أن يُعْتَقَ الأبُ ، وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتمدوا في ذلك على أن ولاء الجد إنما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الأب ، وإذا لم يكن للأب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد .

وعمدة الفريق الثاني أن عبودية الأب هي كموته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبي الأب ، ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن الأبناء أحق من الآباء ، وأنه لا ينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث ، لأن البنوة عندهم أقوى تعصيباً من الأبوة ، والأب أضعف تعصيباً ، والإخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد .

وعند الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم . وسبب الخلاف من أقرب نسباً وأقوى تعصيباً ؟ وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصيباً ، فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلاً ، أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى ، وكذلك يعصب لولي الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب : أعني بناته وبنيه وبني بنيه .

وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي : إذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء ، فقالت طائفة : لعصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ، والولاء العصبة ، وهو قول علي بن أبي طالب ، وقال قوم : لابنها ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعليه فقهاء الأمصار ، وهو مخالف لأهل هذا السلف ، لأن ابن المرأة ليس من عصبتها [1] .

تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده .

* * *

---

(١) إذا كان المعتق امرأة ، فمذهب أحمد ، أن ماله لابنها ، وعقله على عصبتها ، لما روى إبراهيم قال : « اختصم علي ، والزبير في مولى صفية ، فقال علي : مولى عمتي ، وأنا أعقل عنه ، وقال =

....

= الزبير : مولى أمي : وأنا أرثه ، فقضي عمر للزبير بالميراث ، وقضى على عليّ بالعقل » ذكر هذا الإمام أحمد ، ورواه سعيد في السنن ، وغيره .

وعن الشعبي قال : « قضي بولاء صفية للزبير دون العباس ، وقضي بولاء أم هانيء لجعدة بن هبيرة دون علي » .

قال ابن قدامة : ولا يمتنع كون العقل على العصبة ، والميراث لغيره ، كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي ، وجنينها لبنيها ، وعقلها على العصبة .

وقد روى زياد بن أبي مريم « أن امرأة أعتقت عبداً لها ، ثم توفيت ، وتركت ابناً لها ، وأخاها ، ثم توفي مولاها من بعدها ، فأتى أخو المرأة ، وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه ، فقال عليه الصلاة والسلام : « ميراثه لابن المرأة » ، فقال أخوها : لو جريرة كانت علي ، ويكون ميراثه لهذا ؟ قال : « نعم » . انظر (المغني ٣٧٩/٦) .



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب العتق *

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ، ومن يلزمه ومن لا يلزمه : أعني بالشرع ، وفي ألفاظ العتق ، وفي الأيمان به ، وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه . ونحن فإنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع . فأما من يصح عتقه ، فإنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام المِلْك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم .

---

* العتق : الحرية ، يقال : عتق عتقاً بكسر العين ، وبفتحها ، فهو عتيق ، وعاتق ، وفي النجم الوهاج : العتق : إسقاط الملك من الآدمي تقرباً لله ، وهو مندوب ، وواجب . انتهى (سبل السلام) قال ابن قدامة ويحصل العتق بالقول ، والملك ، والاستيلاد ..

ولا يحصل بالنية المجردة ، لأنه إزالة ملك ، فلا يحصل بالنية المجردة ، كسائر الإزالة ، وألفاظه تنقسم إلى صريح ، وكناية ، فالصريح لفظ الحرية ، والعتق ، وما تصرف منهما كأنت حر ، أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق ، أو أعتقتك ، لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب ، والسنة ، وهما يستعملان في العتق عرفاً ، فكانا صريحين فيه ، فمتى أتى بشيء من هذه الألفاظ ، حصل به العتق ، وإن لم ينو شيئاً .

وأما الكناية ، فنحو قوله : لا سبيل لي عليك ، ولا سلطان لي عليك ، وأنت سائبة ، واذهب حيث شئت ، وقد خليتك ، فهذا إن نوى به العتق ، عتق ، لأنه يحتمله ، وإن لم ينوه به ، لم يعتق ، لأنه يحتمل غيره ، ولم يرد به كتاب ، ولا سنة ، ولا عرف استعمال . انظر (المغني) و (تحفة الفقهاء) لمذهب أبي حنيفة .

والعتق عند أحمد هزله جد ، كالطلاق . انظر (مطالب أولي النهى) .

قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق ، فقال : تنحي ياحرة ، فإذا هي جاريته ، قال : قد عتقت عليه . وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة ، مرُّوا أنتم أحرار ، وكانت معهم أم ولد له ، لم يعلم بها ، قال : هذا عندي تعتق أم ولده . ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضعين ، لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق ، فلم تعتق بها ، كما لو قال : عبدي حر ، يريد أنه عفيف كريم الأخلاق ، وباللفظة الثانية : أراد غير أم ولده ، فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه ، فأجابته =

واختلفوا في عتق من أحاط الدَّيْنُ بماله وفي عتق المريض وحكمه . فأما من أحاط الدَّيْن بماله ، فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه ، فقال أكثر أهل المدينة ، مالك وغيره : لا يجوز ذلك ، وبه قال الأوزاعي والليث .

وقال فقهاء العراق : وذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم [١] وذلك عند من يرى التحجير منهم ، وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روي عنه في الرهن أنه يجوز ، وإن أحاط الدين بمال الراهن ما لم يحجر عليه الحاكم .

وعمدة من منع عتقه أن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء ، فليس له أن يخرج منه شيئاً بغير عوض ، وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف ، والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها ، وتحجير الحاكم ليس بعلة إنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه . وعمدة الفريق الثاني أنه قد انعقد الإجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئاً مما أنفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم ، وهذا هو قول الشافعي . ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم ما لم تكن وصية منه ، وكذلك المحجور ، ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من مماليكه إلا مالكاً وأكثر أصحابه ، فإنهم أجازوا عتقه لأم ولده .

= غيرها ، فقال : أنت طالق ، يحسبها التي ناداها ، فإنها لا تطلق على رواية ، فكذا هنا .
أما إذا قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر ، يريد عفته ، وكرم أخلاقه ، أو يقول لعبده ما أنت إلا حر ، أي إنك لا تطيعني ، ولا ترى لي عليك حقاً ، ولا طاعة ، فلا يعتق في ظاهر مذهب أحمد . انظر (المغني ٣٢٠/٩) .

(١) يجوز عتق من أحاط الدَّيْن بماله عند أبي حنيفة ، والشافعي ، وأهل الظاهر ، ولا يجوز عند مالك . انظر (المحلى ٢٤٨/١٠) .

وأما المريض فالجمهور على أن عتقه إن صح وقع وإن مات كان من الثلث ، وقال أهل الظاهر : هو مثل عتق الصحيح . وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له .... الحديث على ما تقدم .

وأما من يدخل عليهم العتق كَرْهاً فهم ثلاثة : من بَعَّضَ العتق - وهذا متفق عليه في أحد قسميه - واثنان مختلف فيهما وهما مَنْ ملك مَنْ يُعْتَقُ عليه ومن مَثَّلَ بعبده .

فأما من بَعَّضَ العِتْقَ فإنه ينقسم قسمين : **أحدهما** : من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق . **والثاني**: أن يكون يملك العبد كله ولكن بَعَّضَ عِتْقَهُ اختياراً منه . فأما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك ، فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل : إن كان المعتق موسراً قُوِّمَ عليه نصيب شريكه قية العدل ، فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له ، وإن كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقي المعتق بعضه عبداً وأحكامه أحكام العبد ، وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون ولاؤه للأول ، وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين ، إلا أن ابن شبرمة وابن أبي ليلى جعلا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر .

وأما شريك المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوِّم نصيبه على المعتق ، وقال أبو حنيفة : لشريك الموسر ثلاث خيارات : **أحدها** : أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما ، وهذا لا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته . والثالث أن يكلف العبد السعي في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده إذا قَوَّمَ عليه

شريكه نصيبه أن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق [١] .

وعمدة مالك والشافعي حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قُوِّمَ عليه قيمة العَدْل ، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » [٢] .

وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي

---

(١) إذا أعتق الشريك نصيبه من العبد ، وهو موسر ، عتق نصيبه .
قال ابن قدامة : لا نعلم خلافاً في ذلك ، لما فيه من الأثر ، ولأنه جائز التصرف ، أعتق ملكه ، وإذا أعتق نصيبه ، سرى العتق إلى جميعه ، فصار جميعه حراً ، وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه ، والولاء له ، وهو قول مالك ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي يوسف ، ومحمد ، وإسحق .
وقال البتي . لا يعتق إلا حصته ، ونصيب الباقين باقٍ على الرق ، ولا شيء على المعتق .
وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا حصة المعتق ، ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء : إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء ضمن شريكه ، فيعتق حينئذ .
وإن أعتق المعسر نصيبه من العبد ، استقر فيه العتق ، ولم يسر إلى نصيب شريكه ، بل يبقى على الرق ، فإذا استحق الثاني نصيبه ، وهو موسر ، عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمياسرة وهو قول إسحق ، وأبي عبيد ، وابن المنذر ، وداود ، وابن جرير ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد .
وروي عن أحمد أن المعسر إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقين حتى يؤديها ، فيعتق ، وهو قول ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، وأبي يوسف ، ومحمد .
وقال ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة : إذا استسعى في نصف قيمته ، ثم أيسر فعتقه ، رجع عليه بنصف القيمة ، لأنه هو الذي ألجأه إلى هذا ، وكلفه إياه . وعن أبي يوسف ، ومحمد : أنهما قالا : يعتق جميعه ، وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته ، لأن العتق لا يتبعض ، فإذا وجد في البعض ، سرى إلى جميعه ، كالطلاق ، ويلزم المعتق القيمة .
وقال أبو حنيفة : لا يسرى العتق ، وإنما يستحق به إعتاق النصيب الباقي ، فيتخير شريكه بين إعتاق نصيبه ، ويكون الولاء بينهما ، وبين أن يستسعى العبد في قيمة نصيبه ، فإذا أداه إليه ، عتق والولاء بينهما . انظر (المغني ٣٤١/٩) وانظر (تحفة الفقهاء ٣٩٠/٢) و (نيل الأوطار ١٠٠/٦) وشرح مسلم بهامش إرشاد الساري ٣٣٦/٦) .

(٢) حديث ابن عمر رواه الجماعة . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٩٦/٦) .

هريرة أن النبي ﷺ قال : « من أعتق شِقْصاً له في عبدٍ فخلاصُه ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه »(١) وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ، ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذ به ، فمما وَهَّنَتْ به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة ، وهو قوله : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » فهل هو من قوله عليه الصلاة والسلام ، أم من قول نافع ، وأن في ألفاظه أيضاً بين رواته اضطراباً ، ومما وهن به المالكيون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية .

وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه إنما لزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه ، والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شيء .

وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق شرعي لا يجوز تبعيضه ، فإذا كان الشريك المعتق موسراً عتق الكل عليه ، وإذا كان معسراً سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد ، وربما أتوا بقياس شبهي وقالوا : لما كان العتق يوجد منه في الشرع نوعان : نوع يقع بالاختيار ، وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله . ونوع يقع بغير اختيار ، وهو أن يُعْتَقَ على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب أن يكون العتق بالسعي كذلك . فالذي بالاختيار منه هو الكتابة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي .

واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية ؟ أعني أنه يسري وجوب عتقه عليه

---

(١) حديث أبي هريرة رواه الجماعة إلا النسائي . انظر (المصدر السابق) .

بنفس العتق ؟ فقالت الشافعية : يعتق بالسراية ، وقالت المالكية بالحكم ، واحتجت المالكية بأنه لو كان واجباً بالسراية لسرى مع العدم واليسر . واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « قُوِّمَ عليه قيمة العدل » فقالوا : ما يجب تقويمه فإنما يجب بعد إتلافه فإذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الإتلاف ، وإن لم يكن عليه بذلك حاكم ، وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه ، لأنه قد نَفِذَ العِتْقُ وهذا بين .

وقول أبي حنيفة في هذه المسألة مخالف لظاهر الحديثين ، وقد روي فيها خلاف شاذ ، فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك في بيت المال ، وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيباً له في عبد أن العتق باطل .

وقال قوم : لا يُقَوَّمُ على المعسر الكل ، وينفذ العتق فيما أعتق ، وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسراً أو معسراً ويتبعه شريكه ، وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر ، وهذا كله خلاف الأحاديث ، ولعلهم لم تبلغهم الأحاديث .

واختلف قول مالك من هذا في فرع وهو إذا كان معسراً فأخر الحكم عليه بإسقاط التقويم حتى أيسر ، فقيل يقوم ، وقيل لا يقوم .

واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شِقْصاً يعتق عليه من عبد : أنه يعتق عليه الباقي إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه ، وهو أن يملكه بميراث ـ فقال قوم ، يعتق عليه في حال اليسر ـ وقال قوم : لايعتق عليه ، وقال قوم : في حال اليسر بالسعاية ، وقال قوم : لا [1] .

---

(١) انظر هذه المسئلة (المغني ٣٥٥/٩) .

وإذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه ، فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والأوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون : يعتق عليه كله ، وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر : يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحماد [١] .

وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى أن يجب ذلك عليه في ملكه . وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه ، فإذا كان ذلك كله ملكاً له لم يكن هنالك ضرر .

فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق ، أعني أنه لا يقع فيه تبعيض ، أو مضرة الشريك ؟ . واحتجت الحنفية بما رواه إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده ، فلم ينكر رسول الله ﷺ عتقه [٢] .

ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه « أن رجلاً من هذيل أعتق شقصاً له من مملوك فتمم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال : ليس لله شريك » [٣] وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها

---

(١) انظر هذه المسألة (المغني ٤٥٠/٩) لمذاهب العلماء . وانظر (تحفة الفقهاء ٣٩١/٢) لمذهب أبي حنيفة و (شرح مسلم للنووي) بهامش إرشاد الساري ٣٣٧/٦) .

(٢) حديث إسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده قال : « كان لهم غلام يقال له طهمان ، أو ذكوان ، فأعتق جده نصفه ، فجاء العبد إلى النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ تعتق في عتقك ، وترق في رقك ، قال : فكان يخدم سيده حتى مات » رواه أحمد .

قال الشوكاني : قال في مجمع الزوائد ، هو مرسل ، ورجاله ثقات . وأخرجه الطبراني . انظر (نيل الأوطار ٩٧/٦) .

(٣) حديث أبي المليح . رواه أحمد ، والنسائي ، وابن ماجة ، وقال النسائي : أرسله سعيد بن أبي عروبة ، وساقه مرسلاً .

الجمهور ، وصارت علتهم أَوْلَى، لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة .
فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس .

وأما الإعتاق الذي يكون بالْمُثْلَةِ ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والليث والأوزاعي ، من مَثَّلَ بعبده أُعْتِقَ عليه ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يعتق عليه [1] وشذ الأوزاعي فقال : من مثل بعبد غيره أعتق عليه

= وقال هشام : وسعيد أثبت من همام في قتادة ، وحديثها أولى بالصواب ، وأبو المليح : اسمه عامر ، ويقال : عمر ، ويقال : زيد ، وهو ثقة محتج بحديثه في الصحيحين ، وأبو أسامة بن عمير هذلي بصري له صحبة ، ولا يعلم أحد روى عنه غير ابنه أبي المليح ، وقوى الحافظ في الفتح إسناد حديث أبي المليح ، قال : وأخرجه أحمد بإسناد حسن من حديث سمرة « أن رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك ، فقال النبي ﷺ : هو حر ، كله وليس لله شريك » انظر (المصدر السابق) .

(١) قال الشوكاني : والأحاديث تدل على أن المثلة من أسباب العتق ، وقد اختلف هل يقع العتق بمجردها ، أم لا ؟ ، فحكى في البحر عن علي ، والهادي ، والمؤيد بالله أنه لا يعتق بمجردها ، بل يؤمر السيد بالعتق ، فإن تمرد ، فالحاكم ، وقال مالك ، والليث وداود ، والأوزاعي : بل يعتق بمجردها ، وحكى في البحر أيضاً عن الأكثر أن من مثل بعبد غيره ، لم يعتق ، وعن الأوزاعي : أنه يعتق ، ويضمن القيمة للمالك .
قال النووي - في شرح مسلم عند الكلام على حديث سويد بن مقرن - إنه أجمع العلماء أن ذلك ليس واجباً ، وإنما هو مندوب رجاء الكفارة ، وإزالة إثم اللطمة ، وذكر من أدلتهم على عدم الوجوب إذنه ﷺ لهم بأن يستخدموها (الجارية) في حديث سويد بن مقرن .
ونقل النووي أيضاً عن القاضي عياض أنه : أجمع العلماء على أنه لا يجب إعتاق بشيء مما يفعله المولى من مثل هذا الأمر الخفيف ، يعني اللطم المذكور في حديث سويد بن مقرن ، قال : واختلفوا فيا كثر من ذلك ، وشيّن من ضرب مبرح ، لغير موجب ، أو تحريق بنار ، أو قطع عضو ، أو إفساده ، أو نحو ذلك ، فذهب مالك ، والأوزاعي والليث إلى عتق العبد بذلك ، ويكون ولاؤه له ، ويعاقبه السلطان على فعله ، وقال سائر العلماء : لا يعتق عليه . قال الشوكاني : وبهذا يتبين أن الإجماع الذي أطلقه النووي مقيد بمثل ما ذكره القاضي عياض . ثم قال : واعلم أن ظاهر حديث ابن عمر يقتضي أن اللطم ، والضرب يقتضيان العتق من غير فرق بين القليل ، والكثير ، والمشروع ، وغيره ، ولم يقل بذلك أحد من العلماء . انظر (النيل ٦/٩٦) .

والجمهور على أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد ، فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن زنباعاً وجد غلاماً مع جارية ، فقطع ذكره وجَدَعَ أنفه ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له ، فقال له النبي ﷺ : ما حملك على ما فعلت ؟ فقال : فعل كذا وكذا ، فقال النبي ﷺ : اذهب فأنت حر »(١) .

وعمدة الفريق الثاني قوله ﷺ في حديث ابن عمر « من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه »(٢) قالوا : فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب إليه ، ولهم من طريق المعنى أن الأصل في الشرع هو أنه لا يُكْرَهُ السيدُ على عتق عبده إلا ما خصصه الدليل .

وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها ، فلم تبلغ من القوة أن يخصص بها مثل هذه القاعدة .

وأما هل يعتق على الإنسان أحد من قرابته ، وإن عتق فمن يعتق ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فجمهور العلماء على أنه يعتق على الرجل بالقرابة ، إلا داود وأصحابه ، فإنهم لم يروا أن يعتق أحد على أحد من قبل قُرْبى ، والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده ، فقال مالك : يعتق على الرجل ثلاثة :

أحدها أصوله : وهم الآباء والأجداد والجدات والأمهات وآباؤهم وأمهاتهم ، وبالجملة كل من كان له على الإنسان ولادة .

---

(١) حديث الزنباع أبي روح ، رواه أحمد ، قال الشوكاني : سكت عنه أبو داود ، وقال المنذري : في إسناده عمرو بن شعيب ، وفيه اختلاف للأئمة ، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة ، وهو ثقة ، ولكنه مدلس ، وبقية رجال أحمد ثقات ، وأخرجه الطبراني . انظر (النيل ٩٥/٦) .

(٢) حديث من « لطم مملوكه .. » رواه مسلم ، وأصحاب السنن عن ابن عمر .

والثاني فروعه ، وهم : الأبناء والبنات وولدهم مهما سفلوا ، سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ، وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ، ذكر أو أنثى .

والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الإخوة ، وسواء أكانوا لأب وأم ، أو لأب فقط ، أو لأم فقط ، واقتصر من هذا العمود على القريب فقط ، فلم يوجب عتق بني الإخوة .

وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الأعلى والأسفل ، وخالفه في الإخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فأوجب عتق كل ذي رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الأخ ، ومن أشبههم ممن هو من الإنسان ذو محرم (١) .

وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثالث ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا يجزي ولد عن والده إلا أن يجده

---

(١) قال النووي : واختلفوا في عتق الأقارب ، إذا ملكوا ، فقال أهل الظاهر : لا يعتق أحد منهم بمجرد الملك ، سواء الوالد ، والولد ، وغيرهما ، بل لابد من إنشاء عتق ، واحتجوا بمفهوم الحديث الآتي .

وقال جماهير العلماء : يحصل العتق في الآباء ، والأمهات ، والأجداد ، والجدات وإن علوا ، وعلون ، وفي الأبناء ، والبنات ، وأولادهم الذكور ، والإناث ، وإن سفلوا بمجرد الملك ، سواء المسلم ، والكافر ، والقريب ، والبعيد ، والوارث ، وغيره . ومختصره :

أنه يعتق عمود النسب بكل حال ، واختلفوا فيما وراء عمودي النسب ، فقال الشافعي ، وأصحابه : لا يعتق غيرهما بالملك ، لا الإخوة ، ولا غيرهم . وقال مالك : يعتق الإخوة أيضاً ، وعنه رواية : أنه يعتق جميع ذوي الأرحام المحرمة ، ورواية ثالثة كمذهب الشافعي . وقال أبو حنيفة : يعتق جميع ذوي الأرحام ، المحرمة ، وتأول الجمهور الحديث أنه لما تسبب في شرائه الذي يترتب عليه عتقه ، أضيف العتق إليه . والله أعلم .

انظر (شرح النووي لمسلم ٣٥٤/٦) بهامش إرشاد الساري و (نيل الأوطار ٩٣/٦) و (سبل السلام ١٤٢/٤) .

مملوكاً فيشتريه فيعتقه »[1] خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم ، فقال الجمهور : يفهم من هذا أنه إذا اشتراه وجب عليه عتقه ، وأنه ليس يجب عليه شراؤه . وقالت الظاهرية : المفهوم من الحديث أنه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه إذا اشتراه ، قالوا : لأن إضافة عتقه إليه دليل على صحة ملكه له ، ولو كان ما قالوا صواباً ، لكان اللفظ : إلا أن يشتريه فيعتق عليه .

وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال « من مَلِكَ ذا رحم محرم فهو حر »[2] وكأن هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعي ، وقاس مالك الإخوة على الأبناء والآباء ، ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط ، وقاس الأبناء على الآباء .

---

(١) حديث « لا يجزى ولد والداً إلا أن يجده مملوكاً ، فيشتريه ، فيعتقه » رواه مسلم عن أبي هريرة . انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ١٤٢/٤) ويجزي بفتح الياء : أي لا يكافىء .

(٢) حديث « من ملك ذا رحم .. » رواه أحمد ، والأربعة . قال الحافظ : ورجح جمع من الحفاظ أنه موقوف .

قال الصنعاني : وأخرجه أبو داود مرفوعاً من رواية حماد ، وموقوفاً من رواية شعبة ، وقال : شعبة أحفظ من حماد ، فالوقف حينئذ أرجح . وأخرجه أيضاً من طريق شعبة عن قتادة أن عمر ابن الخطاب قال « من ملك » الحديث ، فوقفه على عمر .

وقال أبو داود : لم يحدث بهذا الحديث ، إلا حماد ، وقد شك فيه .

قال ابن المديني : هو حديث منكر . وقال البخاري : لا يصح .

ورواه ابن ماحة ، والنسائي . والترمذي ، والحاكم من طريق ضمرة عن الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهم .

قال النسائي : حديث منكر . وقال الترمذي : لم يتابع ضمرة عليه ، وهو خطأ . وقال الطبراني : وهم في هذا الإسناد ، والمحفوظ بهذا الإسناد « نهى عن بيع الولاء ، وعن هبته » ، ورد الحاكم هذا ، وقال : إنه روي من طريق ضمرة بن ربيعة الحديثان بالإسناد الواحد ، وصححه ابن حزم ، وعبد الحق ، وابن القطان ، وقالوا : ضمرة بن ربيعة لا يضر تفرده ، لأنه ثقة ، لم يكن في الشام رجل يشبهه . قال الصنعاني : فقد رفعه ثقة ، فإرسال غيره لا يضر ، انظر (بلوغ المرام مع سبل السلام ١٤٢/٤) .

وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بأن البنوة صفة هي ضد العبودية ، وأنه ليس تجتمع معها لقوله تعالى : ﴿ **وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا . إن كل من في السموات والأرض إلا آتي الرحمن عبدا** ﴾[1] . وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها ، فإن هذه العبودية معقولة وبنوة معقولة . والعبودية التي بين المخلوقين وللولاية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم ، وهو احتجاج ضعيف .

وإنما أراد الله تعالى أن البنوة تساوى الأبوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني أن الموجودَيْن اللذَيْن أحدهما أب والآخر ابن هما متقاربان جداً ، حتى إنهما إما أن يكونا من نوع واحد أو جنس واحد ، وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد ، بل التفاوت بينهما غاية التفاوت ، فلم يصح أن يكون في الموجودات التي ههنا شيء نسبته إليه نسبة الأب إلى الابن ، بل إن كان نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد كان أقرب إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن ، وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين ، لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة ، أعني تباعد طرفيها في الشرف والخسة ضرب المثال بها ، أعني نسبة العبد للسيد ، ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس إنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى .

فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره.

وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسماع ، وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيداً له في مرضه أو بعد موته ولا مال له

---

(١) مريم آية ٩٢ ، ٩٣ .

غيرهم ، فقال مالك والشافعي وأصحابها وأحمد وجماعة : إذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته ،وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم .

وخالف أشهب وأصبغ مالكاً في العتق المبتل في المرض ، فقالا جميعاً : إنما القرعة في الوصية . وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المُدَبَّرِ . ولا خلاف في مذهب مالك أن المدبرين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث .

وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبتل : إذا [١] ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منه ثلثه . وقال الغير : بل يعتق من الجميع ثلثه . فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة ، وهو مذهب مالك والشافعي ، وقوم اعتبروا العدد . فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد مثلاً ، عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر ، وذلك أيضاً بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثاً ، وقال قوم : بل المعتبر العدد ، فإن كانوا ستة عتق منهم اثنان وإن كانوا مثلاً سبعة عتق منهم اثنان وثلث [٢] .

فعمدة أهل الحجاز ما رواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين « أن رجلاً

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (إذ) والصواب ما أثبتناه .

(٢) ممن قال : إن العتق في مرض الموت ، والتدبير ، والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث بالقرعة بينهم : عمر بن عبد العزيز ، وأبان بن عثمان ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق وأحمد ، وداود ، وابن جرير .

وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ، ويستسعى في باقيه .

وروي هذا عن سعيد بن المسيب ، وشريح ، والشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، وحماد ، لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق ، فيتساوون في الاستحقاق ، كما لو كان يملك ثلثهم وحده ، وهو ثلث ماله ، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل . وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة ، وقالوا : هي من القمار ، وحكم الجاهلية . انظر (المغني ٣٥٩/٩) و (نيل الأوطار ٤٩/٦) و (المهذب مع المجموع ٤٤٧/١٤) .

أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرقّ أربعة »[1] خرجه البخاري ومسلم مسنداً ، وأرسله مالك . وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطريق الآحاد إذا خالفتها الأصول الثابتة بالتواتر .

وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاماً ، فلو كان له [مال] لنفذ بإجماع ، فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه ، وهذا الأصل ليس بيّناً من قواعد الشرع في هذا الموضع ، وذلك أنه يمكن أن يقال له إنه إذا أعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين ، وقد ألزم الشرع مبعض العتق أن يتم عليه ، فلما لم يمكن ههنا أن يتم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد أفضت إلى هذا الأصل ، وهو تبعيض العتق ، فلذلك كان الأولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث ، وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس .

واختلفوا في مال العبد إذا أعتق لمن يكون ، فقالت طائفة : المال للسيد ، وقالت طائفة : ماله تبع له ، وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ، ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد وإسحاق ، وبالثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة[2] .

---

(١) حديث « أن رجلاً أعتق ستة مملوكين .. » رواه الجماعة عن عمران بن حصين . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٤٨/٦) .

(٢) إذا أعتق عبداً ، وله مال ، فماله لسيده ، روي هذا عن ابن مسعود ، وأبي أيوب ، وأنس بن مالك . وبه قال قتادة ، والحكم ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي . وروي ذلك عن حماد ، والبتي ، وداود بن أبي هند ، وحميد .

والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي ﷺ « من أعتق عبداً فماله لـه إلا أن يشترط السيد ماله »[١] .

وأما ألفاظ العتق ، فإن منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الأمصار ، أما الألفاظ الصريحة ، فهو أن يقول أنت حر ، أو أنت عتيق وما تصرف من هذه ، فهذه الألفاظ تلزم السيد بإجماع من العلماء .

وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده : لا سبيل لي عليك ، أو لا ملك لي عليك ، فهذه ينوي فيها سيد العبد ، هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور[٢] .

ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبده : يابني ، أو قال : ياأبي ، أو ياأمي ، فقال قوم وهم الجمهور : لا عتق يلزمه ، وقال أبو حنيفة : يعتق عليه ، وشذ زفر فقال : لو قال السيد لعبده : هذا ابني ، عتق عليه وإن كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة[٣] .

= وقال الحسن ، وعطاء ، والشعبي ، والنخعي ، ومالك ، وأهل المدينة : يتبعه ماله . انظر (المغني ٣٧٤/٩) .

(١) حديث ابن عمر « من أعتق عبداً ، وله مال ، فالمال للعبد » رواه الإمام أحمد بإسناده ، ورواه أبو داود ، وابن ماجة . وحجة القول الأول ما رواه الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير : ياعمير : إني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً ، فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « أيما رجل أعتق عبده ، أو غلامه ، فلم يخبره بماله ، فماله لسيده » ، وقد تقدم هذا الحديث .

(٢) تقدم الكلام على ألفاظ العتق الصريحة ، والكناية في أول كتاب العتق .

(٣) بالنسبة لمذهب أحمد في هذه المسئلة : فإن قال السيد لمن يمكن أن يكون أباه من رقيقه : بأن كان السيد ابن عشرين سنة مثلاً ، والرقيق ابن ثلاثين ، فأكثر ـ أنت أبي ، أو قال رقيقه الذي يمكن كونه ابنه : أنت ابني ، فإنه يعتق بذلك ، وإن لم ينو العتق ، أي فيكون صريحاً .
أما إذا قال لأكبر منه ، أو لمن لا يولد لمثله ، هذا ابني : كأن يقول من له عشرون سنة لمن له خمسة عشر سنة ذلك ، لم يعتق عليه .
وخرج أبو الخطاب من الحنابلة وجهاً أنه يعتق ، لأنه اعترف بما تثبت به حريته ، فأشبه ما لو =

ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده : ما أنت إلا حر . فقال قوم : هو ثناء عليه وهم الأكثر ، وقال قوم : هو حر ، وهو قول الحسن البصري (١) .

= أقرَّ بها . انظر في ذلك (مطالب أولي النهى ٤/ ٦٩٦) و (المغني ٩/ ٣٣٢) .

ومذهب الشافعي كمذهب أحمد في ذلك ، فإنه يعتق ، ولو لم ينو العتق ، وإن عرف كذبه ، ونسبه من غيره ، فإنه يقع بخلاف ما لو قال : ياابني بالمناداة ، فإنه يكون كناية ، فإذا نوى العتق ، وقع . وإلا فلا . انظر (تحفة المحتاج شرح المنهاج مع حاشيه الشرواني وابن قاسم العبادي ١٠/ ٣٥٧) .

أما مذهب أبي حنيفة ففي المسئلة تفصيل ، فقد قال صاحب « تحفة الفقهاء » : والأصل فيه أن من وصف مملوكه بصفة شخص يعتق عليه ، إذا ملكه ، فهو على وجهين : أحدهما : أن يذكره بطريق الصفة ، والآخر أن يذكره بطريق النداء .

أما الصفة : فنحو أن يقول : هذا ابني ، أو هذه بنتي ، والنداء أن يقول : يابني ، يابنيتي ، ولا يخلو إما أن يكون العبد مجهول النسب ، أو معروف النسب من غيره ، ولا يخلو إما أن يكون يصلح ولداً له ، أو لا يصلح ، وكذلك في سائر القرابات المحرمة للنكاح .

أما في الصفة بأن قال : هذا أخي ، أو عمي ، أو خالي ، فقد ذكر في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة أنه يعتق ، وسوى بين الكل إلا في الأخت ، والأخ ، فإنه لا يعتق إلا بالنية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه سوى بين الكل ، وقال : يعتق .

وأما النداء : إذا قال : يابني ، يابنتي ، ياأمي ، ياأبي ، فإنه لا يعتق ، إلا إذا نوى ، لأن النداء ، لا يراد به ما وضع له اللفظ ، وإنما يراد به استحضار المنادي ، إلا إذا قال : ياحر ، يامولاي ، فيعتق ، لأن في الموضوع ، لا يعتبر المعنى .

فإن كان مجهول النسب ، وهو يصلح ولداً له أو والداً فإنه يثبت النسب ويعتق ، وإن كان معروف النسب من غيره ، فإنه لا يثبت النسب ، ولكن يعتق لاحتمال النسب منه بالنكاح ، أو الوطء عن شبهة .

وإن كان لا يصلح ولداً ، ولا والداً ، ولا عمّاً ، فقد قال أبو حنيفة : يعتق . وقال أبو يوسف ، ومحمد ، والشافعي : لا يعتق .

ومثله في « أمي » و « بنتي » . انظر (٢/ ٣٨٥) و (بدائع الصنائع ٥/ ٢٢١٦) . بهذا يتبين أن ما ذكره المؤلف بأنه قول زفر ، إنما هو قول أبي حنيفة . ولم أطلع على مذهب زفر في هذه المسألة . والله أعلم .

(١) مذهب أحمد لو قال لعبده « ما أنت إلا حر » وهو يريد : إنك لا تطيعني ، أو يقول : عبدي =

ومن هذا الباب من نادى عبداً من عبيده باسمه ، فاستجاب له عبد آخر ، فقال له : أنت حر ، وقال : إنما أردت الأول ، فقيل : يعتقان عليه جميعاً ، وقيل : ينوي .

واتفقوا [١] على أن من أعتق ما في بطن أمته فهو حر دون الأم .

واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى ما في بطنها فقالت طائفة : له استثناؤه وقالت طائفة : هما حران [٢] واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة ، فقالت طائفة : لا استثناء فيه كالطلاق ، وبه قال مالك ، وقال قوم : يؤثر فيه الاستثناء كالطلاق ، أعني قول القائل لعبده : أنت حر إن شاء الله . وكذلك اختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك ، فقال مالك : يقع ، وقال الشافعي وغيره : لا يقع ، وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » [٣] وحجة الفرقة الثانية تشبيههم إياه باليمين . وألفاظ هذا الباب شبيهة بألفاظ الطلاق ، وشروطه كشروطه ، وكذلك الأيمان فيه تشبيهه بأيمان الطلاق .

= هذا حر ، يريد عفته ، وكرم أخلاقه ، ولا يقصد بذلك العتق ، فإنه لا يعتق في ظاهر المذهب . انظر (المغني ٩/٣٣٠) .

ومذهب أبي حنيفة يعتق عليه ، وإن لم ينو ، لأن ذلك من الصريح عنده . انظر (بدائع الصنائع ٥/٢٢٦٧) .

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (واتفق) والصواب ما أثبتناه .

(٢) إذ أعتق ما في البطن ، فيعتق ما في البطن دون الأم ، وهو مذهب أحمد . وإذا أعتق الأم ، ولم يستثن ما في البطن ، فإنهما يعتقان جميعاً ، فإذا استثنى ما في البطن ، لم يعتق . انظر (مطالب أولي النهى ٤/٦٩٦) .

ومذهب الشافعي في الأولى كمذهب أحمد . أما لو أعتق أمته الحامل بمملوك له ، عتق الحمل بطريق التبع ، ولو استثنى ، عكس البيع ، فإنه يبطل ، والعتق لا يبطل لقوته ، أما لو كانت الأم لشخص ، والحمل لشخص آخر ، لم يعتق واحد منهما بعتق الآخر . انظر (الروضة ١٢/١١١) وانظر (تحفة المحتاج) وهو مذهب أبي حنيفة . انظر (تحفة الفقهاء ٢/٣٩٥) .

(٣) حديث « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » رواه أبو داود ، والترمذي .

وأما أحكامه فكثيرة : منها أن الجمهور على أن الأبناء تابعون في العتق والعبودية للأم ، وشذ قوم فقالوا : إلا أن يكون الأب عربياً .

ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل ، فقال قوم : ليس له أن يطأها إن كانت جارية ولا يبيع ولا يهب ، وبه قال مالك ، وقال قوم : له جميع ذلك ، وبه قال الأوزاعي والشافعي . واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق . واختلفوا فيمن قال لعبده : إن بعتك فأنت حر ، فقال قوم : لا يقع عليه العتق لأنه إذا باعه لم يملك عتقه ، وقال : إن باعه يعتق عليه ، أعني من مال البائع إذا باعه ، وبه قال مالك والشافعي ، وبالأول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري . وفروع هذا الباب كثيرة ، وفي هذا كفاية .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الكتابة *

والنظر الكلي في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها . أما الأركان فثلاثة : العقد وشروطه وصفته ، والعاقد ، والمعقود عليه وصفاتها . ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس .

القول في مسائل العَقْد

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة : هل هو واجب أو مندوب إليه ؟ فقال فقهاء الأمصار : إنه مندوب . وقال أهل الظاهر : هو واجب ، واحتجوا بظاهر قوله تعالى : ﴿ **فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا** ﴾ [1] والأمر على الوجوب [2] .

وأما الجمهور فإنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الأصل ، وأيضا فإنه لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض ، فأحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه ، وذلك أن كَسْبَ العبد هو للسيد . وهذه المسألة هي أقرب أن تكون من أحكام

* الكتابة : « إعتاق السيد عبده على مال في ذمته ، يؤدى مؤجلاً » وسميت كتابة ، لأن السيد يكتب بينه ، وبين عبده كتاباً بما اتفقا عليه ، وقيل : سميت كتابة من الكتب ، وهو الضم ، لأن المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ، ومنه سمي الخرز كتاباً ، لأنه يضم أحد طرفيه إلى الآخر بخرزه ، والنجوم هي الأوقات .

(١) النور آية ٣٣ .

(٢) انظر (المحلى ٢٥٧/١٠) و (القرطبي ٢٤٥/١٢) .

العقد من أن تكون من أركانه ، وهذا العقد بالجملة هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد . فأركان هذا العقد الثمن والمثمون والأجل والألفاظ الدالة على هذا العقد . فأما الثمن ، فإنهم اتفقوا على أنه يجوز إذا كان معلوماً بالعلم الذي يشترط في البيوع .

واختلفوا إذا كان في لفظه إبهام ما ، فقال أبو حنيفة ومالك : يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد ، وقال الشافعي : لا يجوز حتى يصفه ، فمن اعتبر في هذا طلب المعاينة شبهه بالبيوع ، ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جَوَّزَ فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ، ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الأجنبي والأجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه ، وفسخ الدَّيْن في الدَّيْن ، وضع وتَعَجَّلْ ، ومنع ذلك الشافعي وأحمد ، وعن أبي حنيفة القولان جميعاً [١] .

وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا ، لأنه وماله له ، وإنما الكتابة سنة على حدتها .

وأما الأجل فإنهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة ، واختلفوا في هل تجوز حالَّةً ، وذلك أيضا بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالَّةً على مال موجود عند العبد : وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة .

وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه .

---

(١) إن كاتبه على عبد ، أو أمة مطلقاً ، لم يصح عند الشافعي ، وأحمد وهو ما ذكره أبو بكر من الحنابلة عن أحمد . وذكر القاضي فيه وجهين : **أحدهما** : لا يجوز ، والآخر يجوز ، وهو قول أبي حنيفة ، ومالك . انظر (المغني ٤٢١/٩) وانظر (الكافي ٢٨٩/٢) لمذهب مالك .
ومذهب أحمد في التعامل بالربا كمذهب الشافعي . انظر (المغني ٤٤٧/٩) .

فموضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس هو بيده ؟ فقال الشافعي : هذا الكلام لغو ، وليس يلزم السيد شيء منه ، وقال متأخرو أصحاب مالك : قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد إلى الحاكم فَيُنَجِّمُ عليه المال بحسب حال العبد [١] .

وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة ، إلا أنه اشترط فيها شرطًا يتعذر غالباً ، فصح العقد وبطل الشرط . وعمدة الشافعية أن الشرط الفاسد يعود ببطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها ، وذلك أنه إذا لم يكن له مالٌ حاضر أدى إلى عجزه ، وذلك ضد مقصود الكتابة .

وحاصل قول المالكية يرجع إلى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة ، وأنه إذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد . واتفقوا على أنه إذا قال السيد لعبده : لقد كاتبتك على ألف درهم فإذا أديتها فأنت حر أنه إذا أداها فهو حر . واختلفوا إذا قال له : قد كاتبتك على ألف درهم وسكت هل يكون حُرّاً دون أن يقول له : فإذا أديتها فأنت حر ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : هو حر . لأن اسم الكتابة لفظ شرعي ، فهو يتضمن جميع أحكامه .

---

(١) انظر لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ٤٦٠/١٤)

قال الشيرازي ، لأنه إذا كاتبه على عوض حال ، لم يقدر على أدائه ، فينفسخ العقد ، ويبطل المقصود ، ولا يجوز على أقل من نجمين ، لما روي عن أمير المؤمنين عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له ، وقال : لأعاقبنك ، ولأكاتبنك على نجمين ، فدل على أنه لا يجوز على أقل من ذلك . وعن علي (رضي الله عنه) أنه قال : « الكتابة على نجمين ، والإيتاء من الثاني » .

وهو مذهب أحمد . انظر (الكافي ٥٩٧/٢) و (المغني ٤١٧/٩) ومذهب أبي حنيفة ، يجوز حالاً ، عكس السلم الذي لا يجوز إلا مؤجلاً . (تحفة الفقهاء ٤١٦/٣) .

ومذهب مالك الأول كمذهب الشافعي ، وأحمد ، صححه القرطبي . قال القرطبي : لم يرد نص عن مالك في الكتابة الحالة ، والأصحاب يقولون إنها جائزة ، ويسمونها قطاعة . انظر (القرطبي ٢٤٧/١٢) .

وقال قوم : لا يكون حرًّا حتى يصرح بلفظ الأداء ، واختلف في ذلك قول الشافعي [١] .

ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده : أنت حر وعليك ألف دينار . فاختلف المذهب في ذلك ، فقال مالك يلزمه وهو حر ، وقال ابن القاسم : هو حر ولا يلزمه . وأما إن قال . أنت حر على أن عليك ألف دينار ، فاختلف المذهب في ذلك ، فقال مالك : هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء ، وقيل : العبد بالخيار ، فإن اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية وإلا بقي عبداً ، وقيل : إن قبل كانت كتابة : يعتق إذا أدى ، والقولان لابن القاسم [٢] .

وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود ، وتجوز عنده الكتابة المطلقة ، ويرد إلى أن كتابة مثله كالحال في النكاح ، وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد ، أعني كتابة مثله في الزمان والثمن ، ومن هنا قيل : إنه تجوز عنده الكتابة الحالّة .

---

(١) إذا قال : كاتبتك على ألف ، ولم يقل فأنت حر ، ونوى الحرية ، صحت الكتابة ، وإن لم يصرح بالتعليق ، ولا نواه ، لم يصح ، ولم يحصل العتق .وهو مذهب الشافعي . انظر (الروضة١٢/٢٠٩) وإذا قال : أنت حر على ألف ، فقبل ، عتق في الحال ، وثبت الألف في ذمته . (المصدر السابق) .

وهو مذهب أبي حنيفة ، في المسئلة الأخيرة . انظر (بدائع الصنائع ٥/٢٤٦٥) .

(٢) ذكر المتأخرون من أصحاب أحمد أن من قال لعبده : أنت حر ، وعليك ألف ، أنه يعتق ، وليس عليه شيء ، لأنه أعتقه بغير شرط ونقل جعفر بن محمد عنه أنه سئل عن ذلك ، فقال : جيد . قيل : فإن لم يرض العبد ، قال : لا يعتق .

وإن قال : أنت حر على ألف ، فكذلك في إحدى الروايتين ، لأن على ليست من أدوات الشرط ، ولا البدل ، فأشبه قوله ، وعليك ألف .

والثانية : إن قبل العبد ، عتق ، ولزمته الألف ، وإن لم يقبل ، لم يعتق ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، لأنه أعتقه بعوض ، فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال : أنت حر بألف .

=

واختلف هل من شرط هذا العقد أن يضع السيد من آخر أنجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ **وآتوهم من مال الله الذي آتاكم** ﴾ [١] وذلك أن بعضهم رأى أن السادة هم المخاطبون بهذه الآية ، ورأى بعضهم أنهم جماعة المسلمين ندبوا لعون المكاتبين ، والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب ؟ والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب ، فقال بعضهم : ما ينطلق عليه اسم شيء ، وبعضهم حده [٢] .

وأما المُكَاتَبُ ففيه مسائل : إحداها هل تجوز كتابة المراهق ؟ وهل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير إذن شريكه ؟ وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي ؟ وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق ؟ .

= قال ابن قدامة : وهذه الرواية عن أحمد : أصح . انظر (المغني ٣٨١/٩) .

(١) النور آية ٣٣ .

(٢) قال القرطبي : هذا أمر للسادة بإعانتهم في مال الكتابة ، إما بأن يعطوهم شيئاً مما في أيديهم - أعني السادة - أو يحطوا عنهم شيئاً من مال الكتابة . قال مالك : يوضع عن المكاتب من آخر كتابته . وقد وضع ابن عمر خمسة آلاف من خمسة ، وثلاثين ألفاً .

واستحسن عليّ رضي الله عنه أن يكون ربع الكتابة . قال الزهراوي : روي ذلك عن النبي ﷺ ، واستحسن ابن مسعود ، والحسن بن أبي الحسن ثلثها ، وقال قتادة : عشرها . وقال ابن جبير : يسقط عنه شيئاً ، ولم يحده ، قال الشافعي : والشيء أقل شيء يقع عليه اسم شيء ، ويجبر عليه السيد ، ويحكم به الحاكم على الورثة ، إن مات السيد ، ورأى مالك رحمه الله تعالى : هذا الأمر على الندب ، ولم ير لقدر الوضيعة حداً .

وقد قال الحسن ، والنخعي ، وبريدة : إنما الخطاب بقوله ﴿ **وآتوهم** ﴾ للناس أجمعين في أن يتصدقوا على المكاتبين ، وأن يعينوهم في فكاك رقابهم ، وقال زيد بن أسلم : إنما الخطاب للولاة : بأن يعطوا المكاتبين من مال الصدقة حظهم ، وهو الذي تضمنه قوله تعالى : ﴿ **وفي الرقاب** ﴾ ، انظر (القرطبي ٢٥٢/١٢) .

ومن قال : يجب على السيد إيتاء المكاتب : الشافعي ، وأحمد ، وإسحق . روي ذلك عن علي ، فقال أحمد : يجب أن يدفع إليه الربع .

وقال بريدة ، والحسن ، والنخعي ، والثوري ، ومالك ، وأبو حنيفة : ليس بواجب ، لأنه عقد معاوضة . انظر (المغني ٤٢٤/٩) و (منار السبيل ١٣٦/٢) .

فأما كتابة المراهَق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم ، فأجازها أبو حنيفة ، ومنعها الشافعي إلا للبالغ ، وعن مالك القولان جميعاً [١] . فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود . وعمدة من لم يشترطه أنه يُجَوِّزُ بين السيد وعبده ما لا يُجَوِّزُ بين الأجانب ، وأن المقصود من ذلك هو القوة على السعي ، وذلك موجود في غير البالغ .

وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد ؟ فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، ثم إذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم ؟ فيه أيضاً خلاف . فأما هل يجوز الجمع ؟ فإن الجمهور على جواز ذلك ، ومنعه قوم ، وهو أحد قولي الشافعي [٢] .

وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض ؟ فإن فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال : فقالت طائفة : ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة ، أعني حمالة بعضهم عن بعض ، وبه قال مالك وسفيان ، وقال آخرون : لا يلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ، ويعتق كل واحد منهم إذا أدى قَدْرَ حصته [٣] .

---

(١) أجاز أحمد مكاتبة المراهق ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومنع من ذلك الشافعي . انظر (المغني ٤١٣/٩) و (الروضة ٢٢٦/١٢) .

(٢) انظر لمذهب الشافعي (المهذب مع المجموع ٤٧٧/١٤) و (الروضة) وانظر لمذهب أبي حنيفة بالجواز (بدائع الصنائع) .

(٣) انظر لمذهب الشافعي هذه المسئلة (الروضة ٢٦٥/١٢) وهو إذا كاتب عبيداً ، وشرط أن يتكفل بعضهم بعضاً بالنجوم ، فسدت الكتابة ، لأنه شرط فاسد .
وهو قوله في الجديد ، وفي قول قديم : لا تفسد الكتابة ، وقياس مذهب أبي حنيفة لا يجوز ، وفي الاستحسان جائز . انظر (بدائع الصنائع ٢٤٩٠/٥) .
ومذهب أحمد : يجوز أن يكاتب جماعة من عبيده صفقة واحدة بعوض واحد ، لأن العوض =

فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر ، لأن قدر ما يلزم واحداً من ذلك مجهول . وعمدة من أجازه أن الغرر اليسير يستخف في الكتابة ، لأنه بين السيد وعبده ، والعبد وماله لسيده . وأما مالك فحجته أنه لما كانت الكتابة واحدة وجب أن يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد .

وعمدة الشافعية أن حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الأجنبيين فمن رأى أن حمالة الأجنبيين في الكتابة لا تجوز قال: لا تجوز في هذا الموضع. وإنما منعوا حمالة الكتابة لأنه إذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه، وهذا كأنه ليس يظهر في حمالة العبيد بعضهم عن بعض، وإنما الذي يظهر في ذلك أن هذا الشرط هو سبب لأن يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه ، فهو غرر خاص بالكتابة ، إلا أن يقال أيضاً : إن الجمع يكون سبباً لأن يخرج حراً من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعي . كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي .

وأما أبو حنيفة فشبهها بحمالة الأجنبي مع الأجنبي في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة ، فألزمها بالشرط ، ولم يلزمها بغير شرط ، وهو مع هذا أيضاً لا يجيز حمالة الكتابة .

وأما العبد بين الشريكين فإن العلماء اختلفوا هل لأحدهما أن يكاتب نصيبه دون إذن صاحبه ، فقال بعضهم : ليس له ذلك والكتابة مفسوخة . وما قبض منها هي بينهم على قدر حصصهم ، وقالت طائفة : لا يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه ، وفرقت فرقة فقالت : يجوز بإذن شريكه ولا يجوز بغير إذن شريكه ، وبالقول الأول قال مالك ،

= بجملته معلوم ، فصح ، كما لو باع عبدين بثمن واحد ، ويصير كل واحد منهم مكاتباً بحصته من العوض ، ينقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد ، لأنه عوض ، فيسقط على المعوض بالقيمة . انظر (الكافي ٦١٧/٢) لمذهب الحنابلة .

وبالثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد ، وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وله قول آخر مثل قول مالك [١] .

وعمدة مالك أنه لو جاز ذلك لأدى إلى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب حظه منه ، وذلك لا يجوز إلا في تبعيض العتق ، ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى أن عليه أن يتم عتقه إذا أدى الكتابة إذا كان موسراً ، فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج بأصل لا يوافقه عليه الخصم ، لكن ليس يمنع من صحة الأصل أن لا يوافقه عليه الخصم .

وأما اشتراط الإذن فضعيف ، وأبو حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب إذا كانت الكتابة عن إذن شريكه أن كل ما أدى للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ، ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى يتم

(١) مذهب الشافعي إن كاتب أحد الشريكين العبدس بغير إذن الآخر ، لم يصح على المذهب ، وإن كان بإذنه ، فقولان : أظهرهما : لا يصح ، لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد ، والمسافرة ، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين من الزكاة . انظر (الروضة ١٢ / ٢٢٨) .

وانظر ما ذكره المؤلف لمذهب أبي حنيفة (بدائع الصنائع ٥ / ٢٤٩٨) ومذهب أحمد ، إذا كان له نصف عبد ، فله مكاتبته ، وتصح منه ، سواء كان باقيه حرّاً ، أم مملوكاً لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك ، أم لم يأذن . وهذا ظاهر كلام الخرقي ، وأبي بكر من الحنابلة . وهو قول الحكم ، وابن أبي ليلى . وحكي ذلك عن الحسن البصري ، والحسن بن صالح ، ومالك ، والعنبري . وكره الثوري ، وحماد كتابته بغير إذن شريكه.

وقال الثوري : إن فعل رددْته ، إلا أن يكون نقده ، فيضمن لشريكه نصف ما في يده . انظر (المغني ٤٦١/٩) .

وإذا كان لرجلين ، فكاتباه معاً ، جاز عند أحمد ، سواء تساويا في العوض ، أم اختلفا فيه ، وسواء اتفق نصيباهما فيه ، أم اختلف ، وسواء كان في عقد واحد ، أم عقدين . وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك . (المصدر السابق ٤٦٤/٩) .

وبهذا يتبين أن ما ذكره لمذهب الشافعي ، وأحمد ، وابن أبي ليلى ، ليس كما ذكر . فتأمل ذلك .

له ما كان كاتبه عليه ، وهذا فيه بعد عن الأول .

وأما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعي فلا خلاف فيا أعلم بينهم أن يكون قوياً على السعي لقوله تعالى : ﴿ **إنْ عَلِمْتُمْ فيهم خيراً** ﴾ [1] .

وقد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قولـه : ﴿ **إن علمتم فيهم خيراً** ﴾ فقال الشافعي : الاكتساب والأمانة ، وقال بعضهم : المـال والأمانة ، وقال آخرون : الصلاح والدين . وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من

---

(١) النور آية ٣٣ .

وقول المؤلف : لا خلاف فيا أعلم بينهم أن يكون قوياً ، فيه نظر ، فقد قال القرطبي عند قوله (خيراً) قال ابن عباس ، وعطاء : المال ، ومجاهد : المال والأداء الحسن ، والنخعي ، الدِّين والأمانة . وقال مالك : سمعت بعض أهل العلم يقولون : هوالقوة على الاكتساب ، والأداء ، وعن الليث نحوه ، وهو قول الشافعي . وقال عبيدة السلماني : إقامة الصلاة ، والخير ، قال الطحاوي : وقول من قال : إنه المال لا يصح عندنا ، لأن العبد مال لمولاه ، فكيف يكون له مال ، والمعنى عندنا : إن علمتم فيهم الدِّين ، والصدق . وقال أبو عمر : من لم يقل إن الخير هنا المال ، أنكر أن يقال : إن علمتم فيهم مالاً ، وإنما يقال : علمت فيه الخير ، والصلاح ، والأمانة ، ولا يقال : علمت فيه المال ، وإنما يقال : علمت عنده المال . قال القرطبي : وحديث بريرة يرد قول من قال : إن الخير المال .

ثم قال القرطبي : اختلف العلماء في كتابة من لا حرفة له ، فكان ابن عمر يكره أن يكاتب عبده ، إذا لم تكن له حرفة ، ونحوه عن سلمان الفارسي . وروى حكيم بن حزام قال : « كتب عمر بن الخطاب إلى عمير بن سعد : أما بعد فانه مَنْ قِبَلك من المسلمين أن يكاتبوا أرقاءهم على مسألة الناس » ، وكرهه الأوزاعي ، وأحمد ، وإسحق ، ورخص في ذلك مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وروي عن علي . وروي عن مالك كراهة ذلك ، وأن الأمة التي لا حرفة لها يكره مكاتبتها ، لما يؤدي إليه من إفسادها . انظر (القرطبي ٢٤٦/١٢) .

فيا نقلناه عن القرطبي يتبين أن ليس هناك اتفاق على هذا الشرط ، وهو القوة ، وكذلك بعد مراجعتنا لكتب المذاهب المختلفة ، اتضح أنهم لم يتفقوا على هذا الشرط ، وإن كان بعضهم اشترطه .

وقد ذكر المؤلف حجتهم جميعاً قوله تعالى : ﴿ **إن علمتم فيهم خيراً** ﴾ وهذا يعني ألا خلاف بينهم كما ذكر ، ثم ذكر خلاف العلماء فيا هو الخير ؟ فأين الاتفاق إذن ؟ ، فتأمل ذلك .

لا حرفة له مخافة السؤال ، وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة « أنها كوتبت أن تسأل الناس » وكره أن تكاتب الأمة التي لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا ، وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق إلا أم الولد إذ ليس له عند مالك أن يستخدمها .

* * *

القول في المكاتِب

وأما المكاتِب فاتفقوا على أن شرطه أن يكون مالكاً صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم . واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا ؟ وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ، ولم يجز مالك أن يكاتب العبدُ المأذون له في التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق ، وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله ، إلا أن يجيز الغرماء ذلك إذا كان في ثمن كتابته إن بيعت مثل ثمن رقبته (١) .

وأما كتابة المريض ، فإنها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء ، وقد قيل : إن حابى كان كذلك وإن لم يحاب سعى ، فإن أدى وهو في المرض عتق ، وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده . فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالأركان ، أعني المكاتَب والمكاتِب والكتابة .

وأما الأحكام فكثيرة ، وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز . ويشبه أن تكون أجناس الأحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق ، وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ،

---

(١) جاء في هامش النسخ المطبوعة لدينا :

هكذا في بعض النسخ ، وفي بعضها إسقاط لفظ (إن بيعت) ولعله هو الصواب .

ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل ، وتمييز ما بقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه . فلنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس [جنس] من هذه الأجناس الخمسة .

* * *

الجنس الأول

فأما متى يخرج من الرق ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة ، واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض ، فقال الجمهور : هو عبد ما بقي من كتابته شيء ، وإنه يرق إذا عجز عن البعض . وروي عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة : **أحدها** : أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة . **والثاني** : أنه يعتق منه بقدر ما أدى . **والثالث** : أنه يعتق إن أدى النصف فأكثر ، **والرابع** : إن أدى الثلث وإلا فهو عبد [١] .

---

(١) روي عن عمر ، وابنه ، وزيد بن ثابت ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والزهري أنهم قالوا : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه عنهم الأثرم ، وبه قال القاسم ، وسالم ، وسليمان بن يسار ، وعطاء ، وقتادة ، والثوري ، وابن شبرمة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وأحمد . وروي ذلك عن أم سلمة .

وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة ، قال : كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار .

وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار ، فأدى إليه تسعمائة دينار ، وعجز عن مائة دينار ، فرده ابن عمر في الرق .

وذكر أبو بكر ، والقاضي ، وأبو الخطاب من الحنابلة : أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ، وعجز عن ربعها ، عتق ، لأنه يجب رده إليه ، فلا يرده إلى الرق بعجزه عنه .

وقال علي رضي الله عنه : يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا أصاب المكاتب حدّاً ، أو ميراثاً ، ورث بحساب ما عتق منه ، ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر ، وما بقي دية عبد » رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن .

وروي عن عمر ، وعلي رضي الله عنهما أنه إذا أدى الشطر ، فلا رق عليه ، وروي ذلك عن =

وعمدة الجمهور ما خرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة فهو عبد » (١) .

وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه إياه بالبيع ، فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده ، فإن عجز لم يكن له إلا أن يتبعه بالمال ، كما لو أفلس من اشتراه منه إلى أجل وقد مات .

وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى ما رواه يحي بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال : « يؤدى المكاتَب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما رق منه دية عبد » خرجه النسائي (٢) ، والخلاف فيه من قِبَلِ

= النخعي . وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، إذا أدى قدر قيمته ، فهو غريم ، وقضى به شريح .

وقال الحسن في المكاتب : إذا عجز ، استسعي بعد العجز سنتين . ودليل القول الأول قوله عليه الصلاة والسلام « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية ، فعجز على عشر أواق ، فهو رقيق ، وقوله عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود . انظر (المغني ٤٢٠/٩) وانظر (تفسير القرطبي ٢٤٨/١٢) .

(١) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أيما عبد كوتب بمائة أوقية ، فأداها إلا عشرة أوقيات ، فهو رقيق » رواه الخمسة إلا النسائي بدون الزيادة التي ذكرها المؤلف . وأخرجه أيضاً الحاكم ، وصححه ، وقال الترمذي : غريب .

قال الشافعي : لم أجد أحداً روى هذا عن النبي ﷺ إلا عمْراً ، ولم أرَ من رضيت من أهل العلم يثبته ، وعلى هذا فتيا المفتين .

وفي لفظ « المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبيه درهم » رواه أبو داود والنسائي ، والحاكم ، وابن حبان ، وحسن الحافظ إسناده في بلوغ المرام ، وهو من رواية إسماعيل بن عياش ، وفيه مقال .

وقال النسائي : هو حديث منكر ، وهو عندي خطأ . قال الشوكاني : وفي إسناده أيضاً عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب ، ولم يسمع عنه كما قال ابن حزم . انظر (نيل الأوطار ١٠٥/٦) .

(٢) حديث ابن عباس « يُؤْدَى المكاتب بحصة ما أدى دية الحر ، وما بقي دية العبد » رواه الخمسة إلا ابن ماجة . =

عكرمـة ، كما أن الخلاف في أحـاديث عمرو بن شعيب من قبـل أنـه روى عن صحيفة ، وبهذا القول قال علي ، أعني بحديث ابن عباس .

وروي عن عمر بن الخطـاب أنـه إذا أدى الشطر عتـق . وكان ابن مسعـود يقول : إذا أدى الثلث .

وأقوال الصحابة وإن لم تكن حجة ، فالظـاهر أن التقـدير إذا صـدر منهم أنـه محمول على أن في ذلـك سنـة بَلَغَتْهُمْ . وفي المسـألـة قول خـامس : إذا أدى الثلاثة الأرباع عتق . وبقي عديماً في باقي المـال[1] . وقـد قيل إن أدى القيمـة فهو غريم ، وهو قول عائشة وابن عمر وزيـد بن ثـابت ، والأشهر عن عمر وأم سلمة وهو قول الجمهور ، وقول هؤلاء هو الذي اعتمده فقهـاء الأمصـار ، وذلـك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحـة لا شـك فيهـا ، روى ذلـك مـالـك في موطئـه . وأيضـاً فهو أحوط لأموال السـادات ، ولأن المبيعـات يرجـع في عين المبيع له إذا أفلس المشتري .

* * *

الجنس الثاني

وأمـا متى يرق ، فـإنهم اتفقوا على أنـه إنمـا يرق إذا عجـز إمـا عن البعض وإما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم .

واختلفوا هل للعبـد أن يعجـز نفسـه إذا شـاء من غير سبب ، أم ليس لـه ذلك إلا بسبب ؟ فقال الشافعي : الكتـابـة عقـد لازم في حق العبـد وهي في

= قال الشوكاني : سكت عنه أبو داود ، والمنذري ، وهو عنـد النسـائي مسنـد ، ومرسل ، ورجـال إسناده عند أبي داود ثقات . انظر (النيل ٦/١٠٦) .

(١) وهو قول عطاء بن أبي رباح ، رواه ابن جريج عنه . وقد ذكرنا أنـه قول أبي بكر ، والقـاضي ، وأبي الخطاب من الحنابلة .

حق السيد غير لازمة ، وقال مالك وأبو حنيفة : الكتابة عقد لازم من الطرفين : أي بين العبد والسيد . وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن العبد والسيد لا يخلو أن يتفقا على التعجيز أو يختلفا ، ثم إذا اختلفا فإما أن يريد السيد التعجيز ويأباه العبد ، أو بالعكس ، أعني أنه يريد به السيد البقاء على الكتابة ، ويريد العبد التعجيز[1] .

فأما إذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الأمر من قسمين : **أحدهما** : أن يكون دخل في الكتابة ولد أو لا يكون ، فإن كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده أنه لا يجوز التعجيز . وإن لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان : إحداهما أنه لا يجوز إذا كان له مال ، وبه قال أبو حنيفة .

---

(١) مذهب الشافعي ، إذا انعقد العقد ، لم يملك السيد فسخه قبل العجز ، لأنه أسقط حقه منه بالعوض ، فلم يملك فسخه قبل العجز عن العوض ، كالبيع ، ويجوز للعبد أن يمتنع من أداء المال ، لأن ما لا يلزمه ، إذا لم يجعل شرطاً في عتقه ، لم يلزمه ، إذا جعل شرطاً في عتقه كالنوافل ، وهل يملك أن يفسخ ؟ فيه وجهان لأصحاب الشافعي . انظر (المهذب ٤٦٢/١٤) وهو مذهب أبي حنيفة : أعني أنه لازم في حق السيد ، وغير لازم في حق العبد . انظر (تحفة الفقهاء ٤١٨/٢) .

وبهذا يتبين أن ما ذكره المؤلف لمذهب الشافعي ، وأبي حنيفة غير صحيح .

ومذهب أحمد : هو عقد لازم بين الطرفين ، ولا يملك العبد فسخها بحال ، وإنما له أن يعجز نفسه ، ويمتنع من الكسب .

ونقل ابن قدامة عن ابن المنذر قوله : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب ، إذا حل عليه نجم ، أو نجمان ، أو نجومه كلها ، فوقف السيد عن مطالبته ، وتركه بحال أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الأول ، فإن أجله به ، ثم بدا له الرجوع ، فله ذلك ، لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل ، كالقرض ، وإن حل عليه نجمان ، فعجز عنهما ، فاختار السيد فسخ الكتابة ، ورده إلى الرق ، فله ذلك بغير حضور حاكم ، ولا سلطان ، ولا تلزمه الاستتابة ، فعل ذلك عمر ، وهو قول شريح ، والنخعي ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض ، حكى نحو هذا عن مالك ، وقال الحسن : إذا عجز ، استؤني بعد العجز سنتين . وقال الأوزاعي : شهرين ، ونحو ذلك . انظر (المغني ٤٦٨/٩) .

والأخرى : أنه يجوز له ذلك . فأما إن طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد إن كان معه مال أو كانت له قوة على السعي . وأما إن أراد السيد التعجيز وأباه العبد . فإنه لا يعجزه عنده إلا بحكم حاكم . وذلك بعد أن يثبت السيد عند الحاكم أنه لا مال له ولا قدرة على الأداء .

ويرجع إلى عمدة أدلتهم في أصل الخلاف في المسألة ، فعمدة الشافعي ما روي أن بريرة جاءت إلى عائشة تقول لها : « إني أريد أن تشتريني وتعتقيني ، فقالت لها : إن أراد أهلك ، فجاءت أهلها فباعوها وهي مكاتبة » خرجه البخاري [1] .

وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة . ولأن حكم العبد في هذا المعنى يجب أن يكون كحكم السيد وذلك أن العقود من شأنها أن يكون اللزوم فيها أو الخيار مستوياً في الطرفين . وأما أن يكون لازماً من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فخارج عن الأصول . وعللوا حديث بريرة بأن الذي باع أهلها كانت كتابتها لا رقبتها . والحنفية تقول : لما كان المغلب في الكتابة حق العبد ، وجب أن يكون العقد لازماً في حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح ، لأنه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة ، والمالكية تعترض على هذا بأن تقول : إنه عقد لازم فيما وقع به العوض إذ كان ليس له أن يسترجع الصداق .

* * *

الجنس الثالث

وأما حكمه إذا مات قبل أن يؤدي الكتابة ، فاتفقوا على أنه إذا مات دون ولد قبل أن يؤدي من الكتابة شيئاً أنه يُرَقُّ . واختلفوا إذا مات عن ولد

---

(١) حديث بريرة متفق عليه ، ورواه النسائي . انظر (التلخيص) . لم أر من الشافعية من احتج بهذا الحديث لقول الشافعي .

فقال مالك : حكم ولده كحكمه ، فإن ترك مالاً فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا ، وإن لم يترك مالاً وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى يَعْجزوا أو يُعْتَقوا ، وإن لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعي رقوا ، وأنه إن فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الأحرار ، وأنه ليس يرثه إلا ولده الذين هم في الكتابة معه دون سواهم من وارثيه إن كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة .

وقال أبو حنيفة : إنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميعُ أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وأولاده الأحرار وسائر ورثته . وقال الشافعي : لا يرثه بنوه الأحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة ، وماله لسيده ، وعلى أولاده الذين كاتب عليهم أن يسعوا من الكتابة في مقدار حظوظهم منها ، وتسقط حصة الأب عنهم ، وبسقوط حصة الأب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين . والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم : تعتبر القيمة ، وهو قول الشافعي ، وقيل : بالثمن ، وقيل : حصته على مقدار الرؤوس . وإنما قال هؤلاء بسقوط حصة الأب عن الأبناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا في الكتابة ، لأن من ولد له أولاد في الكتابة فهم تبع لأبيهم [1] .

وعمدة مالك أن المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ، ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي . وعمدة الفريق الثاني أن

---

(١) قال القرطبي : إذا مات المكاتب ، فقد اختلف العلماء في ميراثه على ثلاثة أقوال :

الأول : قول مالك : أن المكاتب إذا هلك ، وترك مالاً أكثر مما بقي عليه من كتابته ، وله ولد ولدوا في كتابته ، أو كاتب عليهم ، ورثوا ما بقي من المال بعد قضاء كتابته ، لأن حكمهم كحكمه ، وعليهم السعي فيما بقي من كتابته ، لو لم يخلف مالاً ، ولا يعتقون إلا بعتقه ، ولو أدى عنهم ما رجع بذلك عليهم لأنهم يعتقون عليه ، فهم أولى بميراثه ، لأنهم مساوون له في جميع حاله . =

الكتابة لا تضمن . وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطئه مثل قول الكوفيين .

وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب ؟ فعند مالك أنه يموت مكاتباً ، وعند أبي حنيفة أنه يموت حراً ، وعند الشافعي أنه يموت عبداً . وعلى هذه الأصول بنوا الحكم فيه . فعمدة الشافعي أن العبودية والحرية ليس بينهما وسط ، وإذا مات المكاتب فليس حراً بعد ، لأن حريته إنما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد ، فقد بقي أنه مات عبداً لأنه لا يصح أن يعتق الميت .

وعمدة الحنفية أن العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه ، لأنه ليس له أن يرق نفسه ، والحرية يجب أن تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه إلى السيد . وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة ، فمن حيث لم يُوَرِّثْ أولادَه الأحرارَ منه جَعَلَ له حُكْمَ

الثاني : أنه يؤدى عنه من ماله جميع كتابته ، وجعل كأنه قد مات حراً ، ويرثه جميع ولده ، وسواء في ذلك من كان حراً قبل موته ، ومن كاتب عليهم ، أم ولدوا في كتابته ، لأنهم قد استووا في الحرية ، كلهم حين تأدت عنهم كتابتهم .
وروي هذا القول عن علي ، وابن مسعود ، ومن التابعين عطاء ، والحسن ، وطاوس ، وإبراهيم ، وبه قال فقهاء الكوفة : سفيان ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والحسن بن صالح وابن حي . وإليه ذهب إسحق ، وهي رواية عن أحمد .
الثالث : أن المكاتب إذا مات قبل أن يؤدي جميع كتابته ، فقد مات عبداً ، وكل ما يخلفه من المال ، فهو لسيده ، ولا يرثه أحد من أولاده ، لا الأحرار ، ولا الذين معه في كتابته ، لأنه لما مات قبل أن يؤدي جميع كتابته ، فقد مات عبداً ، وماله لسيده ، فلا يصح عتقه بعد موته ، لأنه محال أن يعتق عبد بعد موته ، وعلى ولده الذين كاتب عليهم ، أو ولدوا في كتابته أن يسعوا في باقي الكتابة ، ويسقط منها قدر حصته : فإن أدوا ، عتقوا ، لأنهم كانوا فيها تبعاً لأبيهم ، وإن لم يؤدوا ، رقوا . وهذا قول الشافعي ، وأحمد ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وزيد ابن ثابت ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، وقتادة ، انظر (القرطبي ٢٥٤/١٢) وانظر (المغني ٤٣٠/٩) .

العبيد ، ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الأحرار ، والمسألة في حد الاجتهاد .

ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعي ، وأرادت الأم أن تسعى عليهم ، فقال مالك : لها ذلك ، وقال الشافعي والكوفيون : ليس لها ذلك .

وعمدتهم أن أم الولد ـ إذا مات المكاتب ـ مال من مال السيد ، وأما مالك فيرى أن حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة إليها وإلى بنيها . ولم يختلف قول مالك أن المكاتب إذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعي ، وترك أم ولد لا تستطيع السعي أنها تباع ويؤدى منها باقي الكتابة . وعند أبي يوسف ومحمد ابن الحسن أنه لا يجوز بيع المكاتب لأم ولده ، ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي [1] .

---

(١) إذا استولد السيد مكاتبته ، فالولد حر ، لأنه من مملوكته ، ونسبه لاحق به ، ولا تجب قيمته لذلك ، وتصير أم ولد له ، لذلك ، ولا تبطل كتابتها ، لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق ، أيهما سبق صاحبه ، ثبت حكمه . هذا قول الزهري ، ومالك ، والثوري ، والليث ، وأحمد ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر .

وقال الحكم تبطل كتابتها ، لأنها سبب للعتق ، فتبطل بالاستيلاد كالتدبير . انظر (المغني ٤٥٢/٩)

وهو مذهب الشافعي . انظر (المهذب ٤٥٩/١٤) .

ولو مات المكاتب ، ولم يترك وفاءً ، لكنه ترك أم ولد ، فإن لم يكن معها ولد بيعت في المكاتبة عند أبي حنيفة ، وإن كان معها ولد استسعت فيها على الأجل الذي كان للمكاتب ، صغيراً كان ولدها ، أم كبيراً .

وعند صاحبيه لا فرق بين وجود الولد ، وعدمه . انظر (بدائع الصنائع ٢٥١٧/٥) .

وما ذكره المؤلف من أن مذهب الشافعي يجوز بيع أم الولد ، فهو ليس بصحيح ، فمذهبه أن =

واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب إذا مات المكاتب وترك بنين ووفاه كتابته ، هل تعتق أم ولده أم لا ؟ فقال ابن القاسم : إذا كان معها ولد عتقت وإلا رُقَّتْ ، وقال أشهب : تعتق على كل حال ، وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليه من كتابته ، كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة ، وإنما عليهم السعى ، وعلى أصل أبي حنيفة يكون حُرّاً ولابد ، ومذهب ابن القاسم كأنه استحسان .

* * *

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل . واتفقوا من هذا الباب على أن ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب إلا بالشرط ، لأنه عبد آخر لسيده ، وكذلك اتفقوا على دخول ما ولد له في الكتابة فيها ، واختلفوا في أم الولد على ما تقدم .

وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضاً بمطلق العقد ، فقال مالك : يدخل ماله في الكتابة ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يدخل ، وقال الأوزاعي : يدخل بالشرط ، أعني إذا اشترطه المكاتب ، وهذه المسألة مبنية على : هل يملك العبد أم لا يملك ، وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا ؟ وقد تقدم ذلك [١] .

* * *

= السيد لا يملك بيعها ، ولا هبتها ، ولا الوصية بها ، إذا أتت بولد منه ، فإن مات السيد عتقت . انظر (المهذب ١٤/٤٧٩) .

وهو مذهب أحمد . انظر (المغني ٩/٥٣١) .

(١) إذا كاتب العبد السيد ، وله مال ، فماله لسيده ، إلا أن يشترطه المكاتب ، وإن كان له سرية ، =

الجنس الخامس

وهو النظر فيا يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر ، وما بقي من أحكام العبد فيه .

فنقول : إنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير إذن سيده ، فإنه محجور عليه في هذه الأمور وأشباهها ، أعني أنه ليس له أن يخرج من يده شيئاً من غير عوض ، واختلفوا من هذا الباب في فروع منها أنه إذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه إلا بعد أداء كتابته ، فقال مالك وجماعة من العلماء إن ذلك نافذ ، ومنعه بعضهم [١] .

وعمدة من منعه أن ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً . وعمدة من أجازه أن السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة أن يعجز العبد .

= أو ولد ، فهو لسيده ، وبهذا قال الثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف ، والشافعي ، وأحمد .

وقال الحسن ، وعطاء ، والنخعي ، وسليمان بن موسى ، وعمرو بن دينار ، ومالك، وابن أبي ليلى ماله له إلا الولد ، فإنهم قالوا : إنه للسيد . انظر (المغني ٤٢٣/٩) .

(١) انظر مسألة العتق (المغني ٤٤٣/٩) فليس له أن يعتق رقيقه إلا بإذن سيده . وبه قال الحسن ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد . لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيا لا يحصل له به مال ، فأشبه الهبة ، فإن أعتق ، لم يصح إعتاقه .

وقال أبو بكر من الحنابلة : هو موقوف على آخر أمر المكاتب ، فإن أدى ، عتق معتقه ، وإن لم يؤد رق . قال القاضي من الحنابلة : هذا قياس مذهب أحمد .

قال ابن قدامة : والمكاتب محجور عليه في ماله ، فليس له استهلاكه ، ولا هبته . وبهذا قال الحسن ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي . ولا أعلم مخالفاً ، لأن حق سيده لم ينقطع عنه ، ولأنه قد يعجز ، فيعود إليه ، فإن أذن له سيده ، جاز عند أحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وعن الشافعي كالمذهبين . انظر (المغني ٤٤٤/٩) .

وسبب اختلافهم هل إذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته ؟ فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وإن عتق ، ومن قال من شرط لزومه قال يجوز إذا عتق لأنه وقع عقداً صحيحاً ، فلما ارتفع الإذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن . هذا كله عند من أجاز عتقه إذا أذن السيد ، فإن الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه إذا لم يأذن السيد ، فقال قوم : ذلك جائز ، وقال قوم : لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، وبالجواز قال مالك ، وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً : والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون ، فقال مالك : إن مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده ، وإن مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له ، وقال قوم من هؤلاء : بل ولاؤه على كل حال لسيده . وعمدة من لم يجز عتق المكاتب أن الولاء يكون للمعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « إنما الولاء لمن أعتق » ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه .

وعمدة من رأى أن الولاء للسيد أن عبد عبده بمنزلة عبده ، ومن فرق بين ذلك فهو استحسان .

ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن ينكح أو يسافر بغير إذن سيده ؟ فقال جمهورهم : ليس له أن ينكح إلا بإذن سيده ، وأباح بعضهم النكاح له . وأما السفر فأباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم ، وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ، ولم يجز للسيد أن يشترطه على المكاتب ، وأجازه ابن القاسم في السفر القريب . والعلة في منع النكاح أنه يخاف أن يكون ذلك ذريعة إلى عجزه ، والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته ، وبالجملة فللعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

أحدها : أن للمكاتب أن يسافر بإذن سيده وبغير إذنه ، ولا يجوز أن يشترط عليه أن لا يسافر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

والقول الثاني : أنه ليس له أن يسافر إلا بإذن سيده ، وبه قال مالك . **والثالث** : أن بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر إلا أن يشترط عليه سيده أن لا يسافر ، وبه قال أحمد والثوري وغيرهما [١] .

ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب أن يكاتب عبداً له ؟ فأجاز ذلك مالك ما لم يرد به المحاباة ، وبه قال أبو حنيفة والثوري . وللشافعي قولان : **أحدهما** : إثبات الكتابة ، والآخر إبطالها [٢] . وعمدة الجماعة أنها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء . وعمدة الشافعية أن الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب ، لأنه ليس بحُرٍّ. واتفقوا على أنه لا يجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء .

واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبة ، فصار الجمهور إلى منع ذلك ، وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين : ذلك جائز إذا اشترطه عليها [٣] وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه إلى أجل آت فأشبه النكاح إلى أجل . وعمدة الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة . وأجمعوا على أنها إن عجزت حل وطؤها . واختلف الذين منعوا ذلك إذا وطئها هل عليه حد أم لا ؟ فقال

---

(١) ليس للمكاتب أن يتزوج إلا بإذن سيده ، وهو قول الحسن ، ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، وأبي يوسف .

وقال الحسن بن صالح له ذلك ، لأنه عقد معاوضة ، أشبه البيع . أما السفر فإن للمكاتب السفر ، قريباً ، أم بعيداً . وهو قول الشعبي ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، والثوري ، والحسن ابن صالح ، وأبي حنيفة ، وأحمد .

واختلف قول الشافعي ، فقيل : يجوز ، وقيل لا يجوز . انظر (المغني ٤٣٩/٩ ، ٤٤٠) .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف في مسئلة كتابة « المكاتب » (المصدر السابق ٤٤٥/٩) .

(٣) إذا شرط وطأها ، جاز له وطؤها عند أحمد ، وبه قال سعيد بن المسيب ، والجمهور على المنع ، سواء بالشرط ، أم بدونه . انظر (المصدر السابق) .

وعند الشافعي ، إذا شرط ذلك ، فسد العقد من أساسه .

جمهورهم : لا حد عليه لأنه وطء بشبهة ، وقال بعضهم : عليه الحد .

واختلفوا في إيجاب الصداق لها ، والعلماء ـ فيما أعلم ـ على أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد .

ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه ، فقال الجمهور : لا يباع المكاتب إلا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه ، وقال بعضهم : بيعه جائز ما لم يؤد شيئاً من كتابته ، لأن بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئاً ، وقال بعضهم : إذا رضي المكاتب بالبيع جاز ، وهو قول الشافعي ، لأن الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبد ، واحتج بحديث بريرة إذ بيعت وهي مكاتبة [١] .

وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما في ذلك من نقض العهد ، وقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، وهذه المسألة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا ؟ وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة ، فقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ذلك ، وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ، ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدَّيْنِ ، ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر ، وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين ، وفي ذلك أثر عن النبي ﷺ ، أعني في الشفعة في الدين ، ومذهب مالك في بيع الكتابة أنها إن كانت بذهب أنها تجوز بِعَرَضٍ معجَّل لا مؤجل لما يدخل في ذلك من الدَّيْن بالدَّيْن [٢] .

---

(١) يجوز بيع المكاتب عند أحمد ، وعطاء ، والليث ، وابن المنذر ، وهو قديم قول الشافعي .
وحكى أبو الخطاب من الحنابلة عن أحمد رواية أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك ، وأصحاب الرأي ، والجديد من قولي الشافعي .
وقال الزهري وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ، ولا يجوز إذا لم يرض ، وحكي ذلك عن أبي يوسف . (المصدر السابق) .

(٢) وممن منع بيع الكتابة أحمد كذلك ، وأبو ثور ، وممن منعها عطاء ، وعمرو بن دينار . (المصدر السابق) .

وإن كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين أو بعرض مخالف ، وإذا أعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشتري .

ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد أن يجبر العبد على الكتابة أم لا ؟

وأما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد ، وقد تقدمت عند ذكر أركان الكتابة ، ومنها شروط بحسب التراضي ، وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ، ومنها ما إذا تمسك به أفسدت العقد وإذا تركت صح العقد ، ومنها شروط جائزة غير لازمة ، ومنها شروط لازمة ، وهذه كلها هي مبسوطة في كتب الفروع ، وليس كتابنا هذا كتاب فروع ، وإنما هو كتاب أصول . والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في العقد .

والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي إلى إخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها ، فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها ، وإنما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة أو ليس منها ، وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من إخلالها بشروط الصحة ، ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط ، وهي الشروط التي إن تمسك بها المشترط فسد العقد ، وإن لم يتمسك بها جاز ، وهذا ينبغي أن تفهمه في سائر العقود الشرعية .

فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا اشترط في الكتابة شرطاً من خدمة أو سفر أو نحوه وقوي على أداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا ؟ فقال مالك وجماعة : ذلك الشرط باطل ، ويعتق إذا أدى جميع المال ، وقالت طائفة : لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ، ويأتي بذلك الشرط وهو مروي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه أعتق رقيق الإمارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين .

ولم يختلفوا أن العبد إذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين أنه لا يتم عتقه إلا بخدمة تلك السنين ، ولذلك القياس قول من قال : إن الشرط لازم ، فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب .

وههنا مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب أخرى ، وذلك أنها إذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على أنها فروع تابعة للأصول فيه ، وإذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ، ولذلك كان الأولى ذكرها في هذا الكتاب . فمن ذلك اختلافهم إذا زوج السيد بنته من مكاتبه ، ثم مات السيد وورثته البنت ، فقال مالك والشافعي : ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءاً منه ، وملك يمين المرأة محرم عليها بإجماع ، وقال أبو حنيفة : يصح النكاح ، لأن الذي ورثت إنما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب ، وهذه المسألة هي أحق بكتاب النكاح .

ومن هذا الباب اختلافهم إذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا ؟ فقال الجمهور : لا يحاص الغرماء ، وقال شريح وابن أبي ليلى : يضرب السيد مع الغرماء .

وكذلك اختلفوا إذا أفلس وعليه دين يستغرق ما بيده ، هل يتعدى ذلك إلى رقبته ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : لا سبيل لهم إلى رقبته ، وقال الثوري وأحمد : يأخذونه إلا أن يفتكه السيد .

واتفقوا على أنه إذا عجز عن عقل الجنايات أنه يسلم فيها إلا أن يعقل عنه سيده ، والقول في هل يحاص سيده الغرماء أو لا يحاص هو من كتاب التفليس ، والقول في جنايته هو من باب الجنايات .

ومن مسائل الأقضية التي هي فروع في هذا الباب وأصل في باب الأقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة ، فقال مالك وأبو حنيفة : القول قول المكاتب ، وقال الشافعي ومحمد وأبو يوسف يتحالفان

ويتفاسخان قياساً على المتبايِعَيْن [١] وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن الذي حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ، ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الأمصار وهي قريبة من المسموع ، فينبغي أن تثبت في هذا الموضع إذ كان القصد إنما هو إثبات المسائل المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك أن قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير مرة : إنما هو أن نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ، ونذكر من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار ، فإن معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجرى للمجتهد مجرى الأصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الأمصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ، ويشبه أن يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الأسباب التي أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول ما يجب في نازلة من النوازل ، أعني أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه من فقهاء الأمصار ، أعني في المسألة الواحدة بعينها ، ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف ، وذلك إذا نقل عنه في ذلك فتوى .

فأما إذا لم ينقل عنه في ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الأصول فيمكنه أن يأتي بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتي على مذهبه ، وبحسب الحق الذي يؤديه إليه اجتهاده ، ونحن نروم إن شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتاباً جامعاً لأصول مذهبه ومسائله

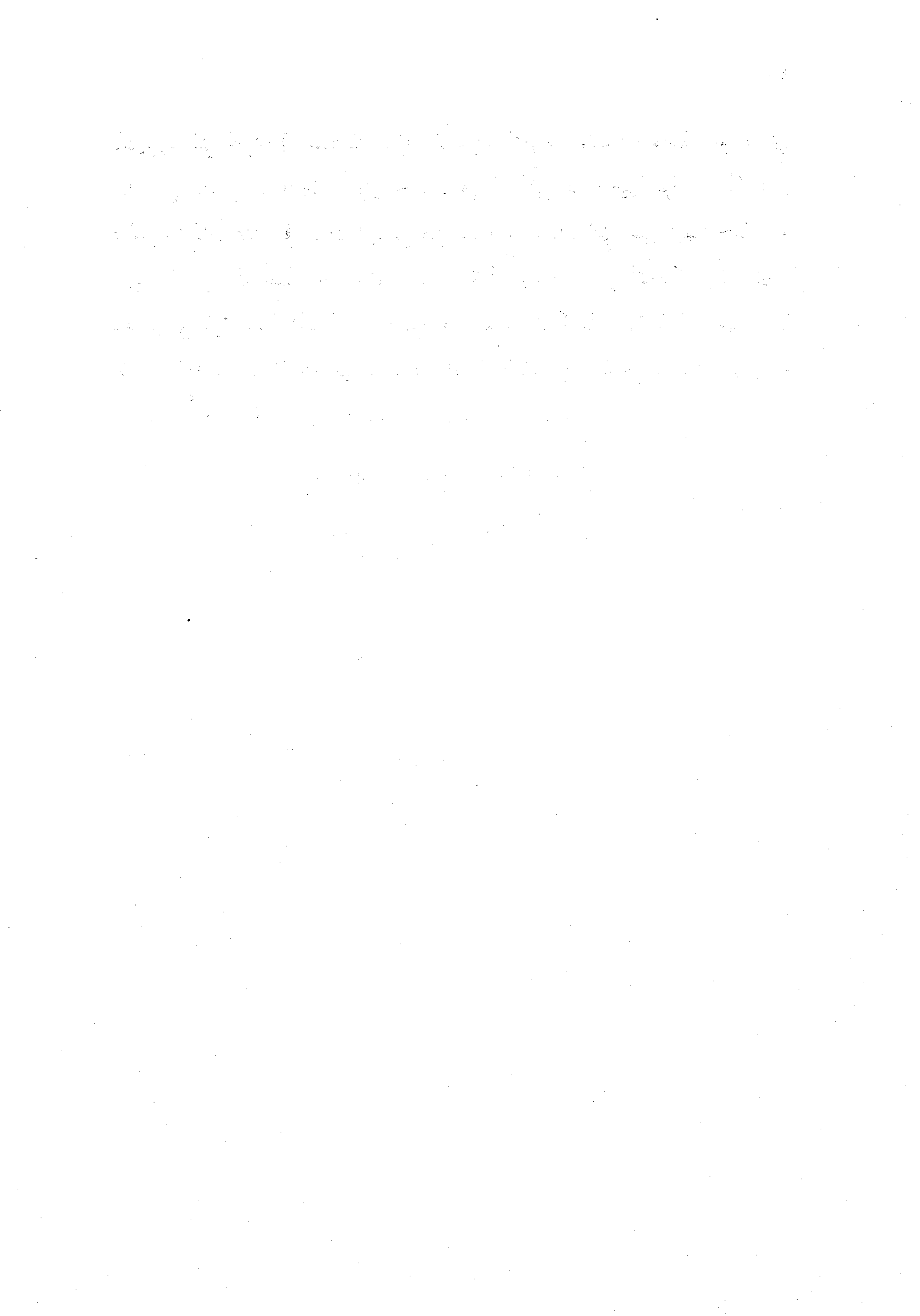
---

(١) إذا اختلف السيد ، والمكاتب في مال الكتابة ، فالقول قول السيد مع يمينه ، وهو قول الثوري ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأحمد . وقال أبوبكر من الحنابلة : اتفق أحمد ، والشافعي على أنها يتحالفان ، ويترادّان ، ومذهب أحمد الأول ، وقال بالقول الثاني أبو يوسف ، ومحمد . انظر (المصدر السابق) .

المشهورة التي تجري في مذهبه مجرى الأصول للتفريع عليها ، وهذا هو الذي عمله ابن القاسم في المدونة ، فإن جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الأصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الأحكام والفتوى ، بيد أن في قوة هذا الكتاب أن يبلغ به الإنسان كما قلنا رتبة الاجتهاد إذا تقدم ، فعلم من اللغة العربية وعلم من أصول الفقه ما يكفيه في ذلك ، ولذلك رأينا أن أَخَصَّ الأسماء بهذا الكتاب أن نسميه كتاب :

[بداية المجتهد وكفاية المقتصد]

* * *



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب التدبير *

والنظر في التدبير ، في أركانه ، وفي أحكامه . وأما الأركان فهي أربعة : المعنى ، واللفظ ، والمُدَبِّرُ [١] والمُدَبَّرُ . وأما الأحكام فصنفان : أحكام العقد ، وأحكام المدبر .

الركن الأول : فنقول : أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو أن يقول السيد لعبده : أنت حر عن دبر مني ، أو يطلق فيقول : أنت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق . والناس في التدبير والوصية على صنفين : منهم من لم يفرق بينهما ، ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن جعل التدبير لازماً والوصية غير لازمة .

والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية ؟ أو حكم التدبير ؟ أعني إذا قال : أنت حر بعد موتى ، فقال مالك : إذا قال وهو صحيح : أنت حر بعد موتي فالظاهر أنه وصية ، والقول قوله في ذلك ، ويجوز رجوعه فيها إلا أن يريد التدبير .

وقال أبو حنيفة : الظاهر من هذا القول التدبير وليس له أن يرجع فيه ، وبقول مالك قال ابن القاسم ، وبقول أبي حنيفة قال أشهب قال : إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على الوصية ، مثل أن يكون على سفر أو يكون

---

* التدبير : تعليق عتق عبده بموته ، والوفاة دبر الحياة . يقال : دابر الرجل ، يدابر مدابرة ، إذا مات ، فسمي العتق بعد الموت تدبيراً ، لأنه إعتاق في دبر الحياة ، والأصل فيه السنة ، والإجماع .

(١) بكسر الباء في الأولى ، وفتحها في الثانية .

مريضاً ، وما أشبه ذلك من الأحوال التي جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم ، فعلى قولِ مَنْ لا يفرق بين الوصية والتدبير - وهو الشافعي ومن قال بقوله - هذا اللفظ هو من ألفاظ صريح التدبير .

وأما على مذهب من يفرق فهو إما من كنايات التدبير ، وإما ليس من كناياته ولامن صريحه ، وذلك أن ما يحمله على الوصية فليس هو عنده من كناياته ولا من صريحه . ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فإنهم اتفقوا على أن الذي يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه .

واختلفوا في حكم من ملك بعضاً فدبره ، فقال مالك : يجوز ذلك ، وللذي لم يدبر حظه خياران : **أحدهما** : أن يتقاوماه ، فإن اشتراه الذي دبره كان مدبراً كله ، وإن لم يشتره انتقض التدبير . **والخيار الثاني** : أن يقومه عليه الشريك ، وقال أبو حنيفة : للشريك الذي لم يدبر ثلاث خيارات : إن شاء استمسك بحصته ، وإن شاء استسعى العبد في قيمةالحصة التي له فيه وإن شاء قومها على شريكه إن كان موسراً ، وإن كان معسراً استسعى العبد ، وقال الشافعي : يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ، ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ما هو عليه ، فإذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقي منه على السيد على ما يفعل في سُنَّة العتق ، لأن المال قد صار لغيره وهم الورثة . وهذه المسألة هي من الأحكام لا من الأركان ، أعني أحكام المدبر فلتثبت في الأحكام .

وأما المُدَبِّرُ فاتفقوا على أن من شروطه أن يكون مالكاً تام الملك غير محجور عليه سواء أكان صحيحاً أو مريضاً ، وأن من شرطه أن لا يكون ممن أحاط الدَّيْن بماله ، لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير . واختلفوا في تدبير السفيه . فهذه هي أركان هذا الباب .

وأما أحكامه فأصولها راجعة إلى أجناس خمسة : **أحدها** : مماذا يخرج المدبر ، هل من رأس المال أو الثلث ؟ . **والثاني** : مايبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه ، أعني ما دام مدبراً . **والثالث** : ما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه . **الرابع** : مبطلات التدبير الطارئة عليه . **والخامس** : في أحكام تبعيض التدبير .

الجنس الأول

فأما مماذا يخرج المدبَّر إذا مات المدبِّر ؟ فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فذهب الجمهور إلى أنه يخرج من الثلث ، وقالت طائفة : هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر ، فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية ، لأنه حكم يقع بعد الموت . وقد روي حديث عن النبي ﷺ أنه قال : « المُدَبَّرُ من الثلث »[1] إلا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث ، لأنه رواه عليّ بن ظبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر ، وعليّ بن ظبيان متروك الحديث عند أهل الحديث . ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرجه الإنسان من ماله في حياته فأشبه الهبة .

---

(١) حديث « المدبر من الثلث » رواه البيهقي ، عن ابن عمر مرفوعاً ، وموقوفاً ، وفيه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع . ورواه الشافعي عن علي بن ظبيان ، وقال : قلت لعلي : كيف هو ؟ فقال : كنت أحدث به مرفوعاً ، فقال لي أصحابي : ليس بمرفوع ، فوقفته ، قال الشافعي : والحفاظ يقفونه على ابن عمر ، ورواه الدارقطني من حديث عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع مرفوعاً بلفظ « المدبر لا يباع ، ولا يوهب ، وهو حر من الثلث » قال أبو حاتم : عبيدة منكر الحديث . وقال الدارقطني في العلل : الأصح وقفه ، وقال العقيلي : لا يعرف إلا بعلي بن ظبيان ، وهو منكر الحديث ، وقال أبو زرعة : الموقوف أصح ، وقال ابن القطان : المرفوع ضعيف . وقال البيهقي : الصحيح موقوف كما رواه الشافعي . وروي من وجه آخر عن أبي قلابة مرسلاً : أن رجلاً أعتق عبداً له ، فجعله النبي ﷺ من الثلث . وعن علي كذلك موقوفاً عليه ، وروي بسنده عن عثمان بن أبي شيبة أنه قال : حديث علي بن ظبيان خطأ . انظر (التلخيص ٤/٢١٦) .

واختلف القائلون بأنه من الثلث في فروع ، وهو إذا دبر الرجل غلاماً له في صحته ، وأعتق في مرضه الذي مات عنه غلاماً آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما ، فقال مالك : يقدم المدبر لأنه كان في الصحة ، وقال الشافعي : يقدم العتق المبتل ، لأنه لا يجوز له رده ، ومن أصله أنه يجوز عنده رد التدبير . وهذه المسألة هي أحق بكتاب الوصايا .

* * *

وأما الجنس الثاني

فأشهر مسألة فيه هي هل للمدبِّر أن يبيع المدبَّر أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد أن يبيع مدبره ، وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور : له أن يرجع فيبيع مدبره ، وقال الأوزاعي : لا يباع إلا من رجل يريد عتقه [١] واختلف أبو حنيفة ومالك من هذه المسألة في فروع وهو إذا بيع فأعتقه المشتري ، فقال مالك : ينفذ العتق ، وقال أبو حنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء أعتقه المشتري أو لم يعتقه . وهو أقيس من جهة أنه ممنوع عبادة .

فعمدة من أجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر : « أن النبي ﷺ باع مدبراً » [٢] وربما شبهوه بالوصية . وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى :

---

(١) ممن قال يجوز بيعه مطلقاً ، سواء كان في حاجة إلى بيعه ، أم لا : طاوس ومجاهد . وروي عن عائشة ، وهو قول الشافعي ، والصحيح من قول أحمد .

وكره بيعه ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين ، والزهري ، والأوزاعي ، والحسن بن صالح ، وأصحاب الرأي ، ومالك انظر (المغني ٩/٣٩٣) .

(٢) حديث جابر أن رجلاً دبر غلاماً له ، ليس له مال غيره ، فقال النبي ﷺ من يشتريه مني ؟ فاشتراه نعيم بن النحام . وفي رواية : أن رجلاً من الأنصار أعتق عبداً له عن دبر منه ، لا مال له غيره ، وعليه دَيْن ، فبلغ ذلك النبي ﷺ ، فباعه ، وقضى الدين منه ، ودفع الفضل إليه .

الرواية الأولى متفق عليها من طرق كما قال الحافظ ، ورواه الأربعة . وابن حبان ، والبيهقي =

﴿ ياأيُّها الذين آمَنُوا أَوْفُوا بالعُقُودِ ﴾ [1] لأنه عتـق إلى أجل فأشبه أم الولـد أو أشبه العتق المطلق . فكان سبب الاختلاف ههنا معـارضـة القيـاس للنص ، أو العموم للخصوص . ولا خلاف بينهم أن المدبر أحكامـه في حـدوده وطلاقـه وشهاداته وسائر أحكامه أحكام العبيد .

واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المـدبرة، فجمهور العلمـاء على جواز وطئها ، وروي عن ابن شهاب منع ذلك ، وعن الأوزاعي كراهيـة ذلـك إذا لم يكن وطئهـا قبل التـدبير [2] وعمـدة الجمهور تشبيههـا بـأم الولـد ، ومن لم يجـز ذلك شبهها بالمعتقة إلى أجل ، ومنع وطء المعتقة إلى أجل شبهها بالمنكوحة إلى أجل ، وهي المتعـة ، واتفقـوا على أن للسيـد في المـدبر الخـدمـة ، ولسيـده أن ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد ، قـال مـالـك : إلا أن يمرض مرضـاً مخوفاً فيكره له ذلك .

* * *

الجنس الثالث

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه ، فـإن من مسـائلهم المشهورة في هـذا الباب اختلافهم في ولد المـدبرة الـذين تلـدهم بعـد تـدبير سيـدهـا من نكاح أو زنـا ، فقـال الجمهور : ولـدهـا بعـد تـدبيرهـا بمنزلتهـا يعتقون بعتقهـا ويرقـون برقها ، وقال الشافعي في قولـه المختـار عنـد أصحـابـه إنهم لا يعتقون بعتقهـا ،

= من طرق كثيرة بألفاظ متنوعة .

وأما الرواية الثانية : فقد قال الحافظ : لم أرها في شيء من طرقه ، نصّه في النسـائي : أن النبي ﷺ لما دفع ثمنه إليه ، قال : « اقض دينك » . انظر (التلخيص ٢١٥/٤) .

(١) المائدة آية ١ .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (المغني ٤٠١/٩) .

وأجمعوا على أنه إذا أعتقها سيدها في حياته أنهم يعتقون بعتقها[1] .

وعمدة الشافعية أنهم إذا لم يُعْتَقوا في العتق المنجز فأحرى أن لايُعْتَقوا في العتق المؤجل بالشرط . واحتج أيضاً بإجماعهم على أن الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها ، والجمهور رأوا أن التدبير حرمة ما ، فأوجبوا إتباع الولد تشبيهاً بالكتابة ، وقول الجمهور مروي عن عثمان وابن مسعود وابن عمر ، وقول الشافعي مروي عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول .

وتحصيل مذهب مالك في هذا أن كل امرأة فولدها تبع لها ، إن كانت حرة فحر ، وإن كانت مكاتبة فمكاتب وإن كانت مدبرة فمدبر ، أو معتقه إلى أجل فمعتق إلى أجل ، وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها - وخالف في ذلك أهل الظاهر - وكذلك المعتق بعضه عند مالك ، وأجمع العلماء عن أن كل ولد من تزويج فهو تابع لأمه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية إلى الحرية إلا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربي .

وأجمعوا على أن كل ولد من ملك يمين أنه تابع لأبيه ، إن حراً فحراً ، وإن عبداً فعبداً ، وإن مكاتباً فمكاتباً .

واختلفوا في المدبر إذا تسرى فولد له فقال مالك : حكمه حكم الأب : يعني أنه مدبر[2] ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ليس يتبعه ولده في التدبير[3] ، وعمدة مالك الإجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للأب

---

(١) قال ابن قدامة : أما ولد المدبرة ، فحكمه حكم أمه ، لا نعلم فيه خلافاً ، وانظر لمذهب الشافعي (المهذب ١٤/٤٥٤) .

وإن دبرها ، وهي حامل ، تبعها الولد قولاً واحداً عند الشافعي . كما يتبعها في العتق . (المصدر السابق) .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (المدبر) والصواب ما أثبتناه .

(٣) ولد المدبر حكمه ، حكم أمه ، قال ابن قدامة : لا نعلم خلافاً ، وهذا قول ابن عمر ، وعطاء ، والزهري ، والأوزاعي ، والليث ، وذلك لأن الولد يتبع الأم في الرق ، والحرية ، وإن تسرى ، =

ما عدا المدبر ، وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الإجماع .

وعمدة الشافعية أن ولد المدبر مال من ماله ، ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له أنه مال من ماله ، ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

* * *

الجنس الرابع

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر له حظاً في عبده دون أن يدبر شريكه ونقله إلى هذا الموضع أولى ، فلينقل إليه . وأما من دبر جزءاً من عبد هو له كله . فإنه يقضى عليه بتدبير الكل ، قياساً على من بَعَّضَ العتق عند مالك .

وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير

فمن هذا الباب اختلافهم في إبطال الدَّيْن للتدبير ، فقال مالك والشافعي : الدَّيْن يبطله ، وقال أبو حنيفة : ليس يبطله ويسعى في الدين ، وسواء أكان الدين مستغرقاً للقيمة أو لبعضها .

ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانياً ، فيسلم العبد قبل موت سيده ، فقال الشافعي : يباع عليه ساعَةَ يُسْلِمُ ويبطل تدبيره ، وقال مالك : يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ، ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده ، فإن مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دَيْن يحيط بماله ، وقال الكوفيون : إذا أسلم مُدَبَّرُ النصراني قُوِّمَ وصفي العبد في قيمته ، ومدبر الصحة يُقَدَّمُ عند مالك على مدبر المرض إذا ضاق الثلث عنهما [1] .

* * *

= فولد له أولاد ، فروي عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير ، وروي ذلك عن مالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . انظر (المغني ٩/٤٠٠) .

(١) انظر هذه المسئلة (المغني ٩/٤٠٧) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي .



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب أمهات الأولاد

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا ؟ وإن كانت لا تباع فمتى تكون أم ولد ، وبماذا تكون أم ولد ، وما يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ،و متى تكون حرة ؟

أما المسألة الأولى : فإن العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم ، فالثابت عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بأنها لا تباع وأنها حرة من رأس مال سيدها إذا مات . وروي مثل ذلك عن عثمان ، وهو قول أكثر التابعين وجمهور فقهاء الأمصار . وكان أبو بكر الصديق وعلي رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدري يجيزون بيع أم الولد ، وبه قالت الظاهرية من فقهاء الأمصار . وقال جابر وأبو سعيد : « كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأساً » .

واحتجوا بما روي عن جابر أنه قال « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدر من خلافة عمر ، ثم نهانا عمر عن بيعهن » [1]

---

(١) حديث جابر « كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ . لا نرى بذلك بأساً » أحمد ، والشافعي ، والنسائي ، وابن ماجة ، والبيهقي من حديث أبي الزبير ... ورواه أبو داود ، وابن حبان ، والحاكم من حديث جابر أيضاً ، وزاد « وفي زمن أبي بكر » وفيه « فلما كان عمر نهانا ، فانتهينا » ورواه الحاكم من حديث أبي سعيد .

وإسناده ضعيف ، قال البيهقي : ليس في شيء من الطرق أنه اطّلع على ذلك وأقرهم عليه ـ عليه الصلاة والسلام .

قال الحافظ : نعم قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه من طريق أبي سلمة عن جابر ما يدل على ذلك . وقال الخطابي : يحتمل أن يكون بيع الأمهات كان مباحاً ، ثم نهى عنه النبي ﷺ في آخر حياته ، ولم يشتهر ذلك النهي ، فلما بلغ عمر ، نهاهم . انظر (التخليص ٢١٨/٤) .

ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسألة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الإجماع ، وذلك أنهم قالوا : لما انعقد الإجماع على أنها مملوكة قبل الولادة ، وجب أن تكون كذلك بعد الولادة إلى أن يدل الدليل على غير ذلك ، وقد تبين في كتب الأصول قوة هذا الاستدلال ، وأنه لا يصح عند من يقول بالقياس ، وإنما يكون ذلك دليلاً بحسب رأي من ينكر القياس ، وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم ، وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى ، وذلك أنهم يقولون : أليس تعرفون أن الإجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها ، فإذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الإجماع بعد وضع الحمل ، إلا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الأصل نقضاً ، وذلك أنهم لا يُسَلِّمون منع بيعها حاملاً .

ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الأثر ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت إبراهيم « أعتقها ولدها »[١] ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال :« أيما امرأة ولدت من سيدها فإنها حرة إذا مات »[٢] وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث ، حكى

---

(١) حديث « أعتقها ولدها » ابن ماجة من حديث ابن عباس ، وفي إسناده حسين بن عبد الله ، وهو ضعيف جداً . قال البيهقي : وروي عن ابن عباس من قوله . قال : وله علة . رواه مسروق عن عكرمة عن عمرو ، عن خصيف عن عكرمة عن ابن عمر عن عمر ، قال : فعاد إلى عمر ، وله طريق آخر رواه البيهقي من حديث ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر ... وهو مُعْضَل . وقال ابن حزم : صح هذا مسنداً ، رواته ثقات عن ابن عباس . ثم ذكره من طريق قاسم بن أصبغ عن محمد بن مصعب عن عبيد الله بن عمرو ، وهو الرقي ، عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس ، وتعقبه ابن القطان بأن قوله عن محمد بن مصعب خطأ ، وإنما هو عن محمد ، وهو ابن وَضّاح عن مصعب ، وهو ابن سعيد المصيصي . وفيه ضعف . انتهى من التلخيص .

(٢) حديث ابن عباس « أيما امرأة ولدت من سيدها ، فهي حرة عن دبر منه » رواه أحمد ، وابن ماجة ، والدارقطني ، والحاكم ، والبيهقي ، وله طرق ، وفي إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي ، =

ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله ، وهو من أهل هذا الشأن ، وربما قالوا أيضاً من طريق المعنى إنها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضاً منها ، وحكوا هذا التعليل عن عمر رضي الله عنه حين رأى أن لا يبعن فقال : خالطت لحومنا لحومهن ، ودماؤنا دماءهن . وأما متى تكون أم ولد ، فإنهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد إذا ملكها قبل حملها منه .

واختلفوا إذا ملكها وهي حامل منه أو بعد أن ولدت منه ، فقال مالك : لا تكون أم ولد إذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها ، وقال أبو حنيفة : تكون أم ولد . واختلف قول مالك إذا ملكها وهي حامل ، والقياس أن تكون أم ولد في جميع الأحوال إذ كان ليس من مكارم الأخلاق أن يبيع المرء أم ولده ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » وأما بماذا تكون أم ولد ؟ فإن مالكاً قال : كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة ، وقال الشافعي : لابد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط .

واختلافهم راجع إلى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما ما بقى فيها من أحكام العبودية ، فإنهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالأمة . وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها إلا ما روي عن عمر بن الخطاب أنها إذا زَنَتْ رُقَّتْ .

واختلف قول الشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله إياها ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، وإنما له فيها الوطء فقط ، وقال

= وهو ضعيف جداً ، وفي رواية للدارقطني ، والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً « أم الولد حرة ، وإن كان سقطاً » وإسناده ضعيف أيضاً ، والصحيح أنه قول ابن عمر . انتهى من (التلخيص) .

الشافعي : لـه ذلـك . وعمـدة مـالـك أنـه لمـا لم يملـك رقبتهـا بـالبيع لم يملـك إجارتها ، إلا أنـه يرى أن إجـارة بنيهـا من غيره جـائزة ، لأن حرمتهم عنـده أضعف . وعمدة الشافعي انعقاد الإجماع على أنه يجوز له وطؤها .

فسبب الخلاف تردد إجارتها بين أصلين : **أحدهما** وطؤها . **والثاني** بيعهـا . فيجب أن يُرَجَّحَ أقوى الأصلين شبهاً . وأما متى تكون حرة ؟ فـإنـه لا خلاف بينهم أن آن ذلك الوقت هو إذا مات السيـد ، ولا أعلم الآن أحـداً قـال تعتق من الثلث ، وقياسهـا على المـدبر ضعيف على قول من يقول : إن المـدبر يعتق من الثلث .

* * *

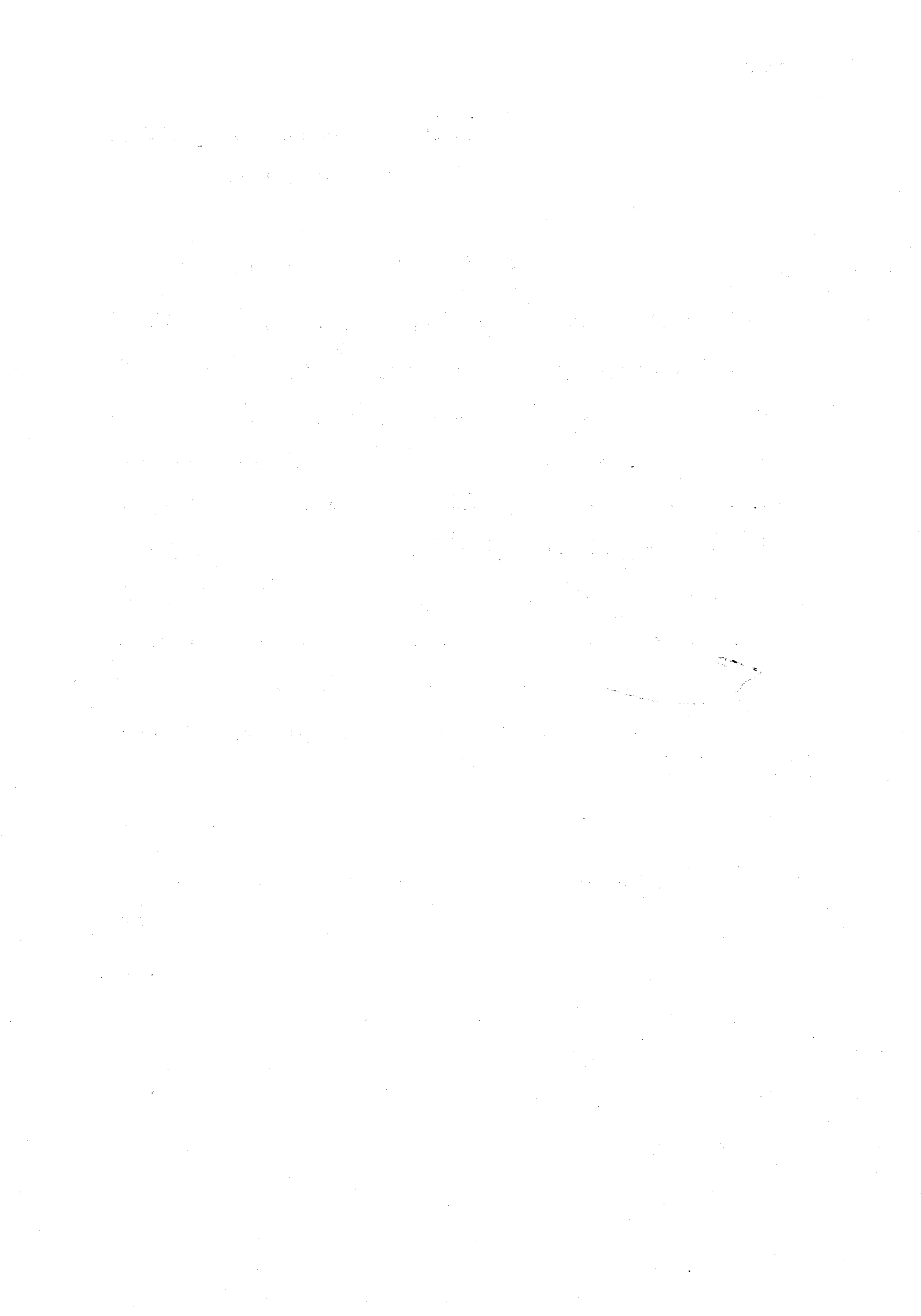
بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجنايات

والجنايات التي لها حدود مشروعة أربع جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلاً وجرحاً ، وجنايات على الفروج وهو المسمى زناً وسفاحاً ، وجنايات على الأموال ، وهذه ما كان منها مأخوذا بحرب سمي حِرابة إذا كان بغير تأويل ، وإن كان بتأويل سمي بَغْياً ، وإن كان مأخوذاً على وجه المعافصة من حرز يسمى سَرِقَة ، وما كان منها يعلو مرتبة وقوة وسلطان سُمِّي غَصْبًا ، وجنايات على الأعراض ، وهي المسمى قذفًا ، وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب ، وهذه إنما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط ، وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه ، فلنبتدئ منها بالحدود التي في الدماء فنقول : إن الواجب في إتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال ، وهو الذي يسمى الدية ، فإذن النظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : النظر في القصاص ، والنظر في الدية .

والنظر في القِصاص ينقسم إلى القصاص في النفوس ، وإلى القصاص في الجوارح . والنظر أيضاً في الديات ينقسم إلى النظر في دِيَات النفوس ، وإلى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح . فينقسم أولاً هذا الكتاب إلى كتابين : **أولهما** يرسم عليه كتاب القِصاص ، **والثاني** يرسم عليه كتاب الدِّيات .

* * *



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : **الأول** : النظر في القصاص في النفوس ، **والثاني** : النظر في القصاص في الجوارح ، فلنبدأ من القصاص في النفوس .

كتاب القصاص في النفوس

والنظر أولاً في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين : إلى النظر في الموجب ، أعني الموجب للقصاص . وإلى النظر في الواجب . أعني القصاص وفي أبداله إن كان له بدل . فلنبدأ أولاً بالنظر في الموجب . والنظر في الموجب يرجع إلى النظر في صفة القتل والقاتل والمقتول التي يجب بمجموعها القصاص . فإنه ليس أىقاتل اتفق يقتص منه ، ولا بأى قتل اتفق ، ولا من أى مقتول اتفق . بل من قاتل محدود ، ومقتول محدود ، إذ كان المطلوب في هذا الباب إنما هو العدل . فلنبدأ من النظر في القاتل . ثم في القتل . ثم في المقتول .

القول في الشروط

فنقول : إنهم اتفقوا على أن القاتل الذي يُقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلاً بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره . واختلفوا في المكرِه والمكرَه [١] ، وبالجملة الآمر والمباشر ، فقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وجماعة : القتل على المباشر دون الآمر ، ويعاقب الآمر ، وقالت طائفة : يقتلان جميعاً ، وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للآمر على المأمور [٢] .

---

(١) الأولى بكسر الراء ، والثانية بفتحها .

(٢) انظر لمذهب أحمد في قتل المباشر للقتل دون الآخر (المغني ٧/٧٥٨) أما مذهب الشافعي ، فإذا أكره شخص على القتل ، فالقصاص على الآمر ، وفي المأمور قولان : أظهرهما وجوب القصاص أيضًا . =

وأما إذا كان للآمر سلطان على المأمور ، أعني المباشر ، فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال : فقال قوم : يقتل الآمر دون المأمور ، ويعاقب المأمور ، وبه قال داود وأبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال قوم : يقتل المأمور دون الآمر ، وهو أحد قولي الشافعي . وقال قوم : يقتلان جميعاً ، وبه قال مالك (١) . فمن لم يوجب حَدًّا على المأمور اعتبر تأثير الإكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع ، لكون المكره يشبه من لا اختيار له .

ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار ، وذلك أن المكره يشبه من جهةٍ المختار ، ويشبه من جهة المضطر المغلوب ، مثل الذي يسقط من علوٍّ ، والذي تحمله الريح من موضع إلى موضع . ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالإكراه ولا الآمر بعدم المباشرة . ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التي لا تنطق ، ومن رأي الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة .

وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل إنساناً فيأكله . وأما المشارك للقاتل عمداً في القتل ، فقد يكون القتل عمداً وخطأ ، وقد يكون القاتل مُكَلّفاً وغير مكلف ، وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد .

وأما إذا اشترك في القتل عامد ومخطئ أو مكلف وغير مكلف ، مثل عامد

= أما إذا أمره ، ولم يكرهه ، فقتل ، فالقصاص من القاتل المباشر دون الآمر . انظر (الروضة ١٣٥/٩) و (المجموع ٢٧٣/١٧) .

(١) ولو أمر السلطان رجلاً ، فقتل آخر ، فإن كان القاتل يعلم أنه لا يستحق القتل ، فالقصاص في مذهب أحمد على القاتل دون الآمر ، فإن لم يعلم ، فالقصاص على الآمر دون المأمور ، انظر (المغني ٧٥٨/٧) وهو مذهب الشافعي . انظر (المهذب مع المجموع ٢٧٠/١٧) .

وصبي أو مجنون ، أو حر وعبد في قتل عبد عند من لا يُقِيدُ من الحر بالعبد ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية ، إلا أن مالكاً يجعله على العاقلة ، والشافعي في ماله على ما يأتي ، وكذلك قالا في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً أن العبد يُقْتَلُ ، وعلى الحر نصف القيمة ، وكذلك الحال في المسلم والذمي يقتلان جميعاً .

وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص ، فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية [١] وعمدة الحنفية أن هذه شبهة ، فإن القتل لا يتبعض وممكن أن تكون إفاتة نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كإمكان ذلك ممن عليه القصاص ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : « ادرأوا الحدود بالشبهات » وإذا لم يكن الدم وجب بدله ، وهو الدية .

وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء ، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه ، وفيه ضعف في القياس . وأما صفة الذي يجب به القصاص ، فاتفقوا على أنه العمد ، وذلك أنهم أجمعوا على أن القتل صنفان : عمد ، وخطأ .

واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا ؟ وهو الذي يسمونه شبه العمَد ، فقال به جمهور فقهاء الأمصار . والمشهور عن مالك نفيه إلا في الابن مع أبيه ، وقد قيل : إنه يتخرج عنه في ذلك رواية أخرى . وبإثباته قال عمر بن الخطاب

(١) إذا اشترك صبي ، وبالغ ، ومجنون مثلاً ، فالصحيح من مذهب أحمد ألا قصاص عليهم جميعاً ، وبهذا قال الحسن ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وهو أحد قولي الشافعي .

وعن أحمد رواية : أن القود يجب على البالغ العاقل ، حكاها ابن المنذر عن أحمد ، وحكى ذلك عن مالك ، وهو القول الثاني للشافعي ، وروي ذلك عن قتادة ، والزهري ، وحماد ، انظر (المغني ٧/ ١٧٧) وانظر (المجموع ١٧/ ٢٤٩) .

وعلي وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة ، ولا مخالف لهم من الصحابة ، والذين قالوا به فرقوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد ، وذلك راجع في الأغلب إلى الآلات التي يقع بها القتل ، وإلى الأحوال التي كان من أجلها الضرب . فقال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القُضُبِ أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد ، وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مِثْلُهُ وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل : أي ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل .

والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً ، والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن [1] . فعمدة من نفى شبه العمد أنه لا واسطة بين الخطأ والعمد ، أعني بين أن يقصد القتل أو لا يقصده . وعمدة من أثبت الوسط أن النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر . فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب ، أعني حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف .

ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ وهذا في حقنا لا في حق الآمر نفسه عند الله تعالى . أما شبهه العمد فمن جهة ما قصد ضربه .

وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل . وقد روي حديث مرفوع إلى النبي ﷺ أنه قال : « ألا إن قتل الخطأ شبه العمد ما كان

---

(١) شِبْهُ العمد : هو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً ، إما لقصد العدوان عليه ، أو لقصد التأديب له ، فيسرف فيه : كالضرب بالسوط . والعصا ، والحجر الصغير ، والوكز ، واليد ، وسائر ما لا يقتل غالباً ، ويسمى : عمد الخطأ ، وخطأ العمد ، لاجتماع العمد ، والخطأ ، فهذا لا قَوَدَ فيه ، والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم . وجعله مالك عمداً ، موجباً للقصاص . انظر (المغني ٦٥٠/٧) .

بالسَّوْط والعصا والحَجَرِ دِيته مغلظة مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها »[١] إلا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الإسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر ، وإن كان أبو داود وغيره قد خرجه . فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص ، وعند من أثبته تجب به الدية ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص .

واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب ، أو على جهة الأدب لمن أبيح له الأدب . وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول ، فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل . والذي به تختلف النفوس هو الإسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والأنوثية والواحد والكثير .

واتفقوا على أن المقتول إذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الأربعة أنه يجب القصاص .

واختلفوا في هذه الأربعة إذا لم تجتمع ، أما الحر إذا قتل العبد عمداً ، فإن العلماء اختلفوا فيه ، فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور : لا يقتل الحر بالعبد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه ، وقال قوم : يقتل الحر بالعبد سواء أكان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي[٢] فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من

---

(١) هذا الحديث رواه الخمسة إلا الترمذي عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ قال « ألا إن قتل الخطأ شبه العمد ؛ قتيل السوط ، أو العصا ، فيه مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها » .

وأخرجه البخاري في التاريخ ، وساق اختلاف الرواة فيه . وأخرجه الدارقطني في سننه ، وساق أيضاً فيه الاختلاف . وقد صححه ابن حبان ، وقال ابن القطان : هو صحيح ، ولا يضره الاختلاف انظر (نيل الأوطار ٢٤/٧) و(التلخيص ١٥/١٤) .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف (المغني ٦٥٨/٧) و (تفسير القرطبي ٢٤٦/٢) .

قـولــه تعــالى : ﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمُ القِصَـاصُ في القتلى ، الحُرُّ بـالحُرِّ والعَبْـدُ بالعَبْدِ** ﴾ [١] ومن قال : بقتل الحر بـالعبـد احتج بقولـه عليـه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدنـاهم وهم يـد على من سواهم » [٢] فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ، ومن فَرَّقَ فضعيف .

ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر ، وكـذلـك الأنقص بـالأعلى . ومن الحجة أيضا لمن قال : يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « من قتل عبده قتلناه به » [٣] ومن طريق المعنى قالوا : ولـما كان قتلـه محرمـاً كقتل الحر ، وجب أن يكون القصـاص فيـه كالقصـاص في الحر . وأمـا قتـل المؤمن بالكافر الذمي ، فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال : فقـال قوم : لا يقتل مؤمن بكافر ، وممن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماعة .

وقال قوم : يقتل به ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى . وقال مالك والليث : لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة ، وقتل الغيلة أن يضجعـه

= وذهب داود إلى أن القصاص بين الحر ، والعبد في النفس ، وفي كل ما يستطاع القصاص فيه من الأعضاء تمسكاً بقوله تعالى : ﴿ **وكتبنا عليهم فيهـا أن النَّفسَ بـالنَّفسِ** ﴾ إلى قولـه : ﴿ **والجروح قِصاص** ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون تتكافـأ دمـاؤهم » فلم يفرق بين عبـد ، وحر ، وهو قول ابن أبي ليلى . انظر (القرطبي ٢١٤/٥) .

ولعمري هذا القول الأخير ، هو عين الصواب وعين العدالة ، فما الفرق بين نفس مؤمنـة ، ونفس مؤمنة أخرى ، ومن أين جاءت هذه التفرقة ؟ والناس سواسية كأسنان المشط ، سوى أن هنـاك ظروفاً قاهرة ، جعلت من هذا سيداً ، وهذا عبداً ، وكلهم عبيـد الله ومملوكين لـه ، وكلهم خلقوا من آدم ، وآدم من تراب .

(١) البقرة آية ١٧٨ .

(٢) حـديث « المؤمنون تتكافـأ دمـاؤهم .. » رواه أحمـد ، والنسـائي ، وأبو داود عن علي ، وأخرجـه الحاكم وصححه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١١/٧) .

(٣) حديث « من قتل عبده قتلناه ، ومن جَـدَعَ عبـده جَـدَعْنـاه » رواه الخمسة . وقـال الترمـذي حـديث حسن غريب

فيذبحه وبخاصة على ماله [١] .

فعمدة الفريق الأول ما روي من حديث علي أنه سأله قيس بن عبادة والأشتر هل عهد إليه رسول الله ﷺ عهداً لم يعهده إلى الناس قال : لا ، إلا ما في كتابي هذا ، وأخرج كتاباً من قِراب سيفه فإذا فيه « المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم . ألا لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد في عهده ، من أحدث حَدَثاً أو آوى مُحْدِثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » خرجه أبو داود [٢] .

وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا يقتل مؤمن بكافر » واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربي الذي أمن . وأما أصحاب أبي حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثار منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني قال : « قتل رسول الله ﷺ رَجُلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا أحق مَنْ وَفَّى بعهده » [٣] ورووا ذلك عن عمر ، قالوا : وهذا مخصص لعموم قوله

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء في قتل المسلم بالذمي (القرطبي) و (نيل الأوطار) و (المغني) .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

(٣) حديث « أنه قتل رجلاً برجل من أهل الذمة ... » رواه أبو داود في « المراسيل » عن عبد الرحمن بن البيلماني . ورواه عبد الرزاق في مصنفه . ورواه الشافعي في مسنده . ورواه الدارقطني في « غرائب مالك » . قال الدارقطني : وحبيب هذا ضعيف ، ولا يصح . انتهى ، قال في « التنقيح » وعبد الرحمن بن البيلماني وثقه بعضهم ، وضعفه بعضهم ، وإنما اتفقوا على ضعف أبيه .

وأما مرسل الحضرمي ، فأخرجه أبو داود في « المراسيل » أيضاً . قال ابن القطان : وعبد الله ابن يعقوب ، وعبد الله بن عبد العزيز ، هذان مجهولان ، ولم أجد لهما ذكراً . انتهى . .ونقل الحازمي في كتابه « الناسخ ، والمنسوخ » عن الشافعي أنه قال : حديث ابن البيلماني على تقدير ثبوته منسوخ بقوله عليه الصلاة والسلام في زمن الفتح « لا يقتل مسلم بكافر » . انظر (نصب الراية ٣٣٦/٤) .

عليه الصلاة والسلام : « لا يقتل مؤمن بكافر »[١] أي أنه أريد بالكافر الحربي دون الكافر المعاهد ، وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلماني وما رووا من ذلك عن عمر .

وأما من طريق القياس فإنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذمي ، قالوا : فإذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ، فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس . وأما قتل الجماعة بالواحد ، فإن جمهور فقهاء الأمصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد ، منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وغيرهم ، سواء كثرت الجماعة أو قلت ، وبه قال عمر ، حتى روي أنه قال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً . وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير ، وبه قال الزهري ، وروي عن جابر[٢] .

وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد ، أعني إذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف فقالوا : تقتل الأنفس بالنفس ، ولا يقطع بالطرف إلا طرف واحد ، وسيأتي هذا في باب القصاص من الأعضاء .

فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر إلى المصلحة ، فإنه مفهوم أن القتل

---

(١) تقدم تخريج الحديث .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء في قتل الجماعة بالواحد (المغني ٦٧١/٧) وروي عن أحمد رواية أخرى أنهم لا يقتلون به ، وتجب عليهم الدية ، وهذا قول ابن الزبير ، والزهري ، وابن سيرين ، وحبيب بن أبي ثابت ، وعبد الملك ، وربيعة ، وداود ، وابن المنذر ، وحكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس ، وروي عن معاذ بن جبل ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، والزهري : أنه يقتل منهم واحد ، ويؤخذ من الباقين حصصهم من الدية . وانظر (القرطبي ٢٥٠/٢) . وأثر عمر الذي ذكر المؤلف رواه البخاري في صحيحه ، ومالك في الموطأ . انظر (التلخيص) .

إنما شرع لنفي القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى : ﴿ **ولكم في القِصاصِ حَياةٌ يَاأُولِي الألْبَاب** ﴾ [١] وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة ، ولكن للمعترض أن يقول : إن هذا إنما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة أحد ، فأما إن قتل منهم واحد وهو الذي من قتله يظن إتلاف النفس غالباً على الظن ، فليس يلزم أن يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على إذهاب النفوس .

وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى : ﴿ **وكَتَبْنا عليهم فيها أنّ النّفْسَ بالنّفْسِ والعَيْنَ بالعَيْنِ** ﴾ [٢] وأما قتل الذكر بالأنثى ، فإن ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه إجماع [٣] إلا ما حكي عن علي من الصحابة ، وعن عثمان البتي أنه إذا قتل الرجل بالمرأة كان على أولياء المرأة نصف الدية . وحكى القاضي أبو الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري ، أنه لا يقتل الذكر بالأنثى ، وحكاه الخطابي في معالم السنن ، وهو شاذ ، ولكن دليله قوى لقوله تعالى : ﴿ **والأنثى بالأنثى** ﴾ [٤] وإن كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذي في قوله تعالى : ﴿ **وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس** ﴾ [٥] لكن يدخله أن هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا ، وهي مسألة مختلف فيها ، أعني هل شرع من قبلنا شرع لنا أم لا ؟ والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر إلى المصلحة العامة .

واختلفوا من هذا الباب في الأب والابن ، فقال مالك : لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه ، فأما إن حذفه بسيف أو عصا فقتله لم يقتل ،

---

(١) البقرة آية ١٧٩ .

(٢) المائدة آية ٤٥ .

(٣) انظر الإجماع على قتل الرجل بالمرأة (القرطبي) و (المغني) .

(٤) البقرة آية ١٧٨ .

(٥) المائدة آية ٤٥ .

وكذلك الجد عنده مع حفيده .

وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري : لا يقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده إذا قتله بأي وجه كان من أوجه العمد ، وبه قال جمهور العلماء [١] .

وعمدة حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد » [٢] .

وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم ما رووه عن يحي بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف فأصاب ساقه ، فنزف جرحه فمات ، فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر له ، فقال له عمر : اعدد على ماء قديد عشرين ومائه بعير حتى أقدم عليك ، فلما قدم عليه عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ، ثم قال : أين أخو المقتول ؟ فقال : ها أنا ذا ، قال : خذها ، فإن رسول الله ﷺ قال : « ليس لقاتل شيء » [٣] فإن مالكًا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمدًا مَحْضًا ، وأثبت منه شبه العمد فيا بين الابن والأب .

وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لإجماعهم أن من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد .

---

(١) انظر (تفسير القرطبي ٢/٢٥٠) .

(٢) حديث « لا يقاد الوالد بولده » أخرجه الترمذي ، وابن ماجة عن عمر بن الخطاب . ورواه أحمد ، وابن أبي شيبة ، وعبد بن حميد في « مسانيدهم » . قال صاحب « التنقيح » قال يحي بن معين في حجاج : صدوق ، ليس بالقوي يدلس عن محمد بن عبيد الله العَرْزمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه . قال ابن المبارك : كان الحجاج يدلس . ورواه البيهقي ، وقال هذا إسناد صحيح ، ورواه كذلك في « المعرفة » ورواه الدارقطني في « سننه » وأخرجه الحاكم في المستدرك . انظر (نصب الراية ٤/٣٣٩) .

(٣) أثر عمر رواه مالك في الموطأ .

وأما مالك فرأى لما للأب من التسلط على تـأديب ابنـه ومن المحبـة لـه أن حمل القتل الذي يكون في أمثال هذه الأحوال على أنـه ليس بعمـد ولم يتهمـه إذ كـان ليس بقتل غيلة فإنما يحمـل فاعله على أنـه قصـد القتل من جهـة غلبـة الظن وقوة التهمة ، إذ كانت النيات لا يطلع عليها إلا الله تعـالى ، فمـالـك لم يتهم الأب حيث اتهم الأجنبي ، لقوة المحبة التي بين الأب والابن .

والجمهور إنما عللوا درء الحد عن الأب لمكان حقه على الابن . والذي يجيء على أصول أهل الظاهر أن يقاد ، فهذا هو القول في الموجب .

* * *

وأما القول في الواجب

فاتفقوا على أن لولي الدم أحد شيئين : القصاص ، أو العفو إما على الديـة وإما على غير الدية .

واختلفوا هل الانتقـال من القصـاص إلى العفو على أخـذ الـديـة هـو حـق واجب لولي الدم دون أن يكون في ذلـك خيـار للمقتص منـه أم لا تثبت الـديـة إلا بتراضي الفريقين أعني الـولي والقـاتـل وأنـه إذا لم يرد المقتـص منـه أن يـؤدي الدية لم يكن لولي الدم إلا القصاص مطلقاً أو العفو ، فقـال مـالـك : لا يجب للولي إلا أن يقتص أو يعفو عن غير دية إلا أن يرضى بإعطاء الدية القـاتل ، وهي رواية ابن القاسم عنه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجماعة ، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأكثر فقهاء المدينـة من أصحـاب مـالـك وغيره : ولي الدم بالخيار إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية ، رضي القاتل أو لم يرض ، وروى ذلـك أشهب عن مـالـك ، إلا أن المشهـور عنـه هي الروايـة الأولى .

فعمدة مـالـك في الروايـة المشهورة حـديث أنس بن مـالـك في قصـة سن

الربيع أن رسول الله ﷺ قال : « كتاب الله القِصاصُ »[1] فَعُلِمَ بدليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص .

وعمدة الفريق الثاني حديث أبي هريرة الثابت « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفو »[2] هما حديثان متفق على صحتهما ، لكن **الأول** ضعيف الدلالة في أنه ليس له إلا القصاص . **والثاني** نص في أن له الخيار . والجمع بينهما يمكن إذا رفع دليل الخطاب من ذلك ، فإن كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير إلى الحديث الثاني واجب ، والجمهور على أن الجمع واجب إذا أمكن وأنه أولى من الترجيح ، وأيضا فإن الله عز وجل يقول : ﴿ **وَلاَ تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ** ﴾[3] وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها ، أصله إذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه ، أعني أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ؟ ويلزم على هذه الرواية إذا كان للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار . ولا سيا إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الإخوة .

قال القاضي : وقد كانت وقعت هذه المسألة بقرطبة حياة جدي ـ رحمه

---

(١) حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع « كتاب الله القصاص » متفق عليه . انظر (التلخيص) .

من قال ولي المقتول بالخيار : إن شاء ، اقتص ، وإن شاء أخذ الدية : الليث ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو ثور ، ويروى عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، ورواه أشهب عن مالك .

وقال آخرون : ليس لولي المقتول إلا القصاص ، ولا يأخذ الدية ، إلا إذا رضي القاتل . رواه ابن القاسم عن مالك ، وهو المشهور عنه . وبه قال الثوري ، والكوفيون . انظر (القرطبي ٢/٢٥٢) .

(٢) حديث من « قتل له قتيل .. » رواه الجماعة . انظر (المنتقى مع النيل) .

(٣) النساء آية ٢٩ .

الله - فأفتى أهل زمانه بالرواية المشهورة ، وهو أن لا ينتظر الصغير ، فأفتى هو - رحمه الله - بانتظاره على القياس ، فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر أن يضع في ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدي الناس . والنظر في هذا الباب هو في قسمين : في العفو والقصاص .

والنظر في العفو في شيئين : **أحدهما** : فيمن له العفو ممن ليس له ، وترتيب أهل الدم في ذلك ، وهل يكون له العفو على الدية أم لا ؟ وقد تكلمنا في : هل له العفو على الدية .

وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم ، والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك ، وعند غيره : كل من يرث ، وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمداً إذا كان له بنون بالِغون فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجبت الدية .

واختلفوا في اختلاف البنات مع البنين في العفو أو القصاص . وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات ، فقال مالك : ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والإخوة في القصاص أو ضده ، ولا يعتبر قولهن مع الرجال ، وكذلك الأمر في الزوجة والزوج ، وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعي : كل وارث يعتبر قوله في إسقاط القصاص وفي إسقاط حظه من الدية ، وفي الأخذ به . قال الشافعي : الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء [١] .

وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية . وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هي للذكور دون الإناث .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء في هذه المسألة (نيل الأوطار ٩/٧) و (المغني ٧٤٣/٧) .

واختلف العلماء في المقتول عمداً إذ عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جاز [١] على الأولياء ، وكذلك في المقتول خطأ إذا عفا عن الدية ، فقال قوم : إذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك ، وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعي ، وهذا أحد قولي الشافعي ، وقالت طائفة أخرى : لا يلزم عفوه ، وللأولياء القصاص أو العفو . وممن قال به أبو ثور وداود . وهو قول الشافعي بالعراق [٢] .

وعمدة هذه الطائفة أن الله خَيَّرَ الولي في ثلاث : إما العفو ، وإما القصاص ، وإما الدية . وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف . وعمدة الجمهور أن الشيء الذي جعل للولي إنما هو حق المقتول ، فناب فيه منابه وأقيم مقامه ، فكان المقتول أحق بالخيار من الذي أقيم مقامه بعد موته . وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى : ﴿ **فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ** ﴾ [٣] أن المراد بالمتصدق ههنا هو المقتول يتصدق بدمه .

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » (هل ذلك جاز) وفي نسخة (المكتبة التجارية الكبرى) و (دار المعرفة) و (دار الفكر) (هل ذلك جائز على الأولياء) وهو الصواب .

(٢) ممن قال العفو جائز من المقتول : طاوس ، والشعبي ، والحسن ، وأبو حنيفة ، وزفر ، وأبو يوسف ، ومحمد .

وقال مالك : من صالح من جراحة ، أو من قطع ، ثم مات ، بطل الصلح ، ووجب القَوَدُ ، فإن عفا عن ديته في الخطأ ، فذلك في ثلثه .

وقال سفيان الثوري : إذا عفا عن الجراحة ، ثم مات ، فلا قود ، لكن يغرم الجاني الدية ، بعد أن يسقط منها أرش الجراحة .

وقال الشافعي : إذا عفا عن الجراحة ، وعما يحدث منها من عقل . أو قود ، ثم مات ، فلا قود ، ثم اختلف قوله في الدية ، فقال مرة : يغرم الجاني الدية بعد أن يسقط منها أرش الجناية ، ومرة قال : يؤخذ بجميع الدية .

وقال الشافعي في أحد قوليه : لا عفو له في العمد . وبه قال أحمد ، وأبو ثور . انظر (المحلى ٢٥٦/١٢) .

(٣) المائدة آية ٤٥ .

وإنما اختلفوا على من يعود الضمير في قوله : ﴿ **فهو كفارة له** ﴾ قيل على القاتل لمن رأى له توبة ، وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه .

وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة ، وجمهور فقهاء الأمصار : إن عفوه من ذلك في ثلثه إلا أن يجيزه الورثة ، وقال قوم : يجوز في جميع ماله . وممن قال به طاوس والحسن .

وعمدة الجمهور أنه واهب مالاً له بعد موته فلم يجز إلا في الثلث . أصله الوصية . وعمدة الفرقة الثانية أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال ، وهذه المسألة هي أَخَصُّ بكتاب الديات .

واختلف العلماء إذا عفا المجروح عن الجراحات ، فمات منها هل للأولياء أن يطالبوا بدمه أم لا ؟ فقال مالك : لهم ذلك إلا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تئول إليه . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم . والعفو عن الجراحات عفو عن الدم . وقال قوم : بل تلزمهم الدية إذا عفا عن الجراحات مطلقاً ، وهؤلاء اختلفوا ، فمنهم من قال : تلزم الجارح الدية كلها ، واختاره المزني من أقوال الشافعي . ومنهم من قال : يلزم من الدية ما بقي منها بعد إسقاط دية الجُرْحِ الذي عفا عنه . وهو قول الثوري .

وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية ، لأنه إذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولي ، فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح .

واختلفوا في القاتل عمداً يعفى عنه ، هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا ؟ فقال مالك والليث : إنه يجلد مائة ويسجن سنة . وبه قال أهل المدينة ، وروي ذلك عن عمر ، وقالت طائفة : الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور :

لا يجب عليه ذلك . وقال أبو ثور : إلا أن يكون يعرف بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى [١] . ولا عمدة للطائفة الأولى إلا أثر ضعيف .

وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون إلا بتوقيف ، ولا توقيف ثابت في ذلك .

* * *

القول في القصاص

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ، وممن يكون ؟ ومتى يكون ؟ فأما صفة القصاص في النفس ، فإن العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال : يقتص من القاتل على الصفة التى قَتَل ، فمن قَتَلَ تغريقاً قُتِلَ تغريقاً ، ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك ، وبه قال مالك والشافعي ، قالوا : إلا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح .

واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر ، هل يحرق ـ مع موافقتهم لمالك في احتذاء صورة القتل ؟ وكذلك فيمن قتل بالسهم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : بأي وجه قتله لم يقتل إلا بالسيف ، وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي ﷺ أنه قال : « لا قود إلا بحديدة » .

وعمدة الفريق الأول حديث أنس « أن يهودياً رَضَخَ رأس امرأة بحجر ، فرضخ النبي ﷺ رأسه بحجر ، أوقال : بين حجرين » [٢] وقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ

---

(١) وقال بقول مالك ـ في أن للسلطان حق بعد أن يعفى عن القاتل : الأوزاعي كذلك . وبقول الشافعي ، وأحمد ، قال أبو حنيفة ، ودواد ، وأصحابهم ، وإسحق ، وسائر أصحاب الحديث . انظر لأقوال الفقهاء (المحلى ٢١٤/١٢) .

(٢) حديث « أن يهودياً رضخ رأس جارية .. » رواه الجماعة انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٨/٧)

قال الشوكاني : فيه دليل على أنه يجوز القود بمثل ما قتل به المقتول ، وإليه ذهب الجمهور ، =

عليكم القِصاصُ في القَتْلى ﴾ (١) والقصـاص يقتضي المماثلـة . وأمـا ممن يكـون القصاص فالظاهر أنه يكون من ولي الدم ، وقد قيل إنـه لا يُمَكَّنُ منـه لمكان العداوة ومخافة أن يجور فيه .

وأما متى يكون القصاص ؟ فبعد ثبوت موجباته ، والإعذار إلى القاتل في ذلـك إن لم يكن مُقِرًا . واختلفوا هل من شرط القصـاص أن لا يكون الموضع الحرم . وأجمعوا على أن الحـامـل إذا قتلت عمـداً أنـه لا يقـاد منهـا حتى تضـع حملهـا . واختلفوا في القـاتل بـالسَّم (٢) والجمهور على وجـوب القصـاص ، وقـال

= يؤيد ذلـك عموم قولـه تعـالى : ﴿ وإن عـاقَبْتُمْ فعـاقِبوا بمثل ما عُوقِبْتُم بـه ﴾ وقولـه تعـالى : ﴿ فاعتدوا عليه بمثل مـا اعتـدى عليكم ﴾ وقولـه : ﴿ جزاء سيئـةٍ سيئـةٌ مثلهـا ﴾ ومـا أخرجـه البيهقي ، والبزار عنه ﷺ من حـديث البراء وفيـه « ومن حرق حرقنـاه ، ومن غرق غرقنـاه » قال البيهقي : وفي إسناده بعض من يجهل ، إنما قالـه زيـادة في خطبتـه . وهـذا إذا كان السبب الذي وقع القتل به مما يجوز فعلـه ، لا إذا كان لا يجوز كمن قتل غيره بـإيجـاره الخمر ، أو اللواط به .

وذهب الكـوفيـون ، ومنهم أبـو حنيفـة ، وأصحـابـه إلى أن الاقتصـاص لايكـون إلا بـالسيف ، واستدلوا بحديث النعمان بن بشير عند ابن مـاجـة ، والبزار ، والطحـاوي ، والطبراني ، والبيهقي بألفاظ مختلفة منهـا « لا قود إلا بـالسيف » وأخرجـه ابن مـاجـة أيضـاً ، والبزار ، والبيهقي من حديث أبي بكرة ، وأخرجه الدارقطني ، والبيهقي من حديث أبي هريرة ، وأخرجـه الـدارقطني من حديث عليّ ، وأخرجه البيهقي ، والطبراني من حديث ابن مسعود ، وأخرجه ابن أبي شيبـة عن الحسن مرسلاً . قـال الشـوكاني : وهـذه الطرق كلهـا لا تخلـو واحـدة منهـا من ضعيف ، أو متروك . قال أبو حاتم : حديث منكر . وقال عبد الحق ، وابن الجوزي : طرقه كلهـا ضعيفـة . وقال البيهقي : لم يثبت له إسناد . قال الشوكاني : ويؤيد معنى هذا الحديث الـذي يقوى بعض طرقه بعضاً حديث شداد بن أوس عند مسلم ، وأبي داود ، والنسائي ، وابن ماجـة أن النبي ﷺ قال « إذا قتلتم ، فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم ، فأحسنوا الـذبحـة .. » وإحسـان القتل لا يحصل بغير ضرب العنق بالسيف كما يحصل به . انظر (النيل ٧/٢٢) .

(١) البقرة آية ١٧٨ .

(٢) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » بالسيف . والصواب ما أثبتناه .

والسَّم بالفتح في الأكثر ، وجمعه سُموم ، والضم لغة لأهل العالية ، والكسر لغة لبني تميم .

بعض أهل الظاهر : لا يقتص منه من أجل أنه عليه الصلاة والسلام سُمَّ هو وأصحابه ، فلم يتعرض لمن سمه [١] .

كمل كتاب القصاص في النفس .

* * *

(١) حديث السم الذي ذكره المؤلف متفق عليه ، حيث وضعت اليهودية السم في ذراع الشاة ، فأخبره جبريل بذلك .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الجراح

والجراح صنفان : منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو . ومنها ما فيه الدية أو العفو . ولنبدأ بما فيه القصاص ، والنظر أيضا ههنا في شروط الجارح والجُرْحِ الذي به يحق القصاص والمجروح ، وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص ، وفي بدله إن كان له بدل .

القول في الجارح

ويشترط في الجارح أن يكون مكلفاً كما يشترط ذلك في القاتل ، وهو أن يكون بالغاً عاقلاً ، والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف ، وإن كان الخلاف في مقداره ، فأقصاه ثماني عشرة سنة ، وأقله خمس عشرة سنة ، وبه قال الشافعي ، ولا خلاف أن الواحد إذا قطع عضو إنسان واحد اقتص منه إذا كان مما فيه القصاص .

واختلفوا إذا قطعت جماعة عضواً واحداً ، فقال أهل الظاهر : لا تقطع يدان في يد ، وقال مالك والشافعي : تقطع الأيدي باليد الواحدة ، كما تقتل عندهم الأنفس بالنفس الواحدة ، وفرقت الحنفية بين النفس والأطراف ، فقالوا : لا تقطع أعضاء بعضو ، وتقتل أنفس بنفس ، وعندهم أن الأطراف تتبعض ، وإزهاق النفس لا يتبعض [1] . واختلف في الإنبات ، فقال

(١) ممن قال إن الجماعة إذا اشتركوا في جرح موجب للقصاص ، وجب القصاص على جميعهم مالك ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأحمد . وقال الحسن ، والزهري ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : لا تقطع يدان بيد واحدة ، ويتعين ذلك وجهاً في مذهب أحمد ، لأنه روى أن الجماعة لا يقتلون بالواحد ، وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد . انظر (المغني ٧/٦٧٤) .

الشافعي : هو بلوغ بإطلاق .

واختلف المذهب فيه في الحدود ، هل هو بلوغ فيها أم لا ؟ والأصل في هذا كله حديث بني قريظة « أنه ﷺ قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسي » (١) كما أن في الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة (٢) .

* * *

القول في الجروح

وأما المجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجارح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر . أما العبد والحر فإنهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس ، فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ، ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ، ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ، ولم يفرق بين الجرح والنفس ، ومنهم من فرق : فقال يقتص من الأعلى للأدنى فى النفس والجرح ومنهم من قال : يقتص من النفس دون الجرح ، وعن مالك الروايتان . والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح . فهذه هي حال العبيد مع الأحرار .

وأما حال العبيد بعضهم مع بعض ، فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال : **أحدها** أن القصاص بينهم في النفس وما دونها ، وهو قول الشافعي وجماعة ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب ، وهو قول مالك .

والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وأنهم

---

(١) حديث بني قريظة . رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح .

(٢) حديث عبد الله بن عمر أخرجه البخاري ، ومسلم .

كالبهائم ، وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة . والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها ، وبه قال أبو حنيفة والثوري ، وروي ذلك عن ابن مسعود [١] . وعمدة الفريق الأول قوله تعالى : ﴿ والعَبْدُ بالعَبْدِ ﴾ [٢] .

وعمدة الحنفية ما روي عن عمران بن الحصين « أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء ، فأتوا رسول الله ﷺ فلم يقتص منه » [٣] . فهذا هو حكم النفس .

* * *

القول في الجرح

وأما الجرح فيشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعني الجرح الذي يجب فيه القصاص ، والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أو لا يتلف ، فإن كان مما يُتْلِفُ جارحةً فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً .

وأما إن جرحه على وجه اللعب ، أو اللعب بما لا يُجْرَحُ به غالباً أو على

---

(١) يجري القصاص بين العبيد في النفس عند أكثر أهل العلم . روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والنخعي ، والشعبي ، والزهري ، وقتادة ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأحمد . وروي عنه رواية أخرى أن من شرط القصاص تساوي قيمتهم ، وإن اختلفت ، لم يجر بينهم قصاص . وهو قول عطاء .
وقال ابن عباس : ليس بين العبيد قصاص في نفس ، ولا جرح ، لأنهم أموال .
وكذلك يجري القصاص بينهم فيما دون النفس . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وسالم ، والزهري ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأحمد . وعنه رواية أخرى : لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس ، وهو قول الشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وأبي حنيفة . انظر (المغني ٧/٦٦٠) .

(٢) البقرة آية ١٧٨ .

(٣) حديث عمران بن حصين رواه أبو داود ، والبيهقي .

وجه الأدب ، فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والأدب بما لا يقتل غالباً ، فإن أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول إن القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه ، أعني بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية إن كان الجرح مما فيه الدية .

وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح ، فمن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بلا خلاف ، وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف . أما إذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالباً ، أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف أن فيه القصاص .

وأما إن ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد إتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه ، فالذي عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه ، وفيه الدية مغلظة في ماله ، وهي رواية العراقيين عن مالك ، والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص ، إلا في الأدب مع ابنه ، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أن شبه العمد إنما هو في النفس لا في الجرح .

وأما إن جرحه فأتلف عضواً على وجه اللعب ففيه قولان : **أحدهما** : وجوب القصاص ، **والثاني** : نفيه . وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل : الدية مغلظة ، وقيل دية الخطأ ، أعني فيما فيه دِيَةٌ ، وكذلك إذا كان على وجه الأدب ففيه الخلاف .

وأما ما يجب في جراح العمد إذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى : ﴿ **والجروحَ قِصاصٌ** ﴾[1] وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها ، وفيما وُجِدَ منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس ، وإنما

---

(١) المائدة آية ٤٥ .

صاروا لهذا لما روي « أن رسول الله ﷺ رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة »[١] فرأى مالك ومن قال بقوله أن هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف ، مثل كسر عظم الرقبة والصُّلْب والصدر والفَخِذِ وما أشبه ذلك .

وقد اختلف قول مالك في المنقلة ، فمرة قال بالقصاص ، ومرة قال بالدِّيَةِ ، وكذلك الأمر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ، ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل أن يفقأ أعمى عين بصير .

واختلف من هذا في الأعور يفقأ عين الصحيح عمداً ، فقال الجمهور : إن أحب الصحيح أن يستقيد منه فله القود ، واختلفوا إذا عفا عن القود ، فقال قوم : إن أحب فله الدية كاملة ألف دينار ، وهو مذهب مالك ، وقيل ليس

---

(١) حديث « لا قود في المأمومة ، ولا في الجائفة ، ولا في المنقلة » رواه ابن ماجة في سننه عن العباس بن عبد المطلب .

والمأمومة : شجاج الرأس ، وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ ، لأنها تجمعه ، فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة ، وآمة ، لوصولها إلى أم الدماغ .

والجائفة في البدن ، وهي التي تصل إلى الجوف .

قال ابن قدامة : ليس في المأمومة ، والجائفة قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ما روي عن ابن الزبير أنه قص من المأمومة ، فأنكر الناس عليه ، وقالوا : ما سمعنا أحداً قص منها قبل .

وممن لم ير في ذلك قصاصاً : مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وأحمد . وقاله مكحول ، والزهري ، والشعبي ، وعطاء ، والنخعي ، وروي عن علي (رضي الله عنه) : لا قصاص في المأمومة . انظر (المغني ٧/٧٠٩) . وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة ، وسواء في ذلك ما دون الموضحة كالحارصة ، والبازلة ، والباضعة ، والمتلاحمة ، والسمحاق ، وما فوقها ، وهي الهاشمة ، والمُنَقِّلَة ، والآمَّة . وبهذا قال الشافعي ، وأحمد . أما ما فوق الموضحة فقال ابن قدامة : لا نعلم أحداً أوجب القصاص فيها ، إلا ما روي عن ابن الزبير أنه أقاد من المنقلة ، وليس بثابت . انظر (المصدر السابق) .

له إلا نصف الدية ، وبه قال الشافعي ، وهو أيضاً منقول عن مالـك ، وبقول الشافعي قال ابن القاسم ، وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار .

وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحا عليه ، وقد لا يستقيـد من الأعور وعليـه الـديـة كاملـة ، روي هـذا عن ابن المسيب وعن عثمان [1] وعمدة صاحب هذا القول أن عين الأعور بمنزلـة عينين ، فمن فقأها في واحـدة فكأنـه اقتص من اثنين في واحـدة ، وإلى نحو هـذا ذهب من رأى أنـه إذا ترك القود أن لـه ديـة كاملـة ، ويلزم حـامل هـذا القول أن لا يستقيـد ضرورة ، ومن قـال بـالقود وجعل الـديـة نصف الـديـة فهو أحرز لأصله ، فتأمله فإنه بين بنفسه ، والله أعلم .

وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية ، أم ليس له إلا القصـاص فقط إلا أن يصطلحا على أخذ الدية ففيـه القولان عن مـالـك مثل القولين في القتل ، وكذلك أحد قولي مالـك في الأعور يفقـأ عين الصحيح : أن الصحيح يخير بين أن يفقـأ عين الأعـور أو يـأخـذ الـديـة ألف دينـار أو خمسمائـة على الاختلاف في ذلك .

وأما متى يستقاد من الجرح ؟ فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح إلا بعـد اندماله ، وعند الشافعي على الفور ، فالشافعي تمسك بالظاهر .

---

(١) إذا قلع الأعور عين صحيح فلا قود ، وعليه دية كاملة ، روي ذلك عن عمر ، وعثمان (رضي الله عنهما) وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء وأحمد .

وقال الحسن ، والنخعي : إن شاء اقتص ، وأعطاه نصف الدية .

وقـال مـالـك : إن شـاء اقتص ، وإن شـاء أخـذ ديـة كاملـة ، وقـال مسروق ، والشعبي ، وابن سيرين ، وابن المغفل ، والثوري ، والشـافعي ، وأصحـاب الرأي ، وابن المنـذر : لـه القصـاص ، ولا شيء عليه ، وإن عفا ، فله نصف الدية . انظر (المصدر السابق ٧١٧/٧) .

ومالك رأى أن يعتبر ما يئول إليـه أمر الجرح مخافـة أن يفضي إلى إتلاف النفس [١] . اختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه [٢] من ذلك الجرح ، فقـال مـالـك والشـافعي وأبـو يـوسف ومحمـد : لا شيء على المقتص ، وروي عن علي وعمر مثل ذلـك ، وبـه قـال أحمـد وأبو ثور وداود ، وقـال أبو حنيفـة والثوري وابن أبي ليلى وجمـاعـة : إذا مـات وجب على عـاقلـة المقتص الدية ، وقال بعضهم : هي في ماله . وقال عثمان البتي : يسقط عنه من الديـة قدر الجراحة التي اقتص منها ، وهو قول ابن مسعود [٣] .

---

(١) لا يجوز القصـاص في الطرف إلا بعـد انـدمـال الجرح في قول أكثر أهل العلم ، منهم : النخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ومالك ، وإسحق ، وأبو ثور . وروي ذلك عن عطاء ، والحسن . قـال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ . ويتخرج لنـا أنـه يجوز الاقتصاص قبل البرء بنـاء على قولنـا إنـه إذا سرى إلى النفس ، يفعل كما فعل . وهـذا قول الشافعي . قال : ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه ، أقدتـه ، لـما روى جـابر « أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته ، فقال : يارسول الله أقدني ، قال : حتى تبرأ ، فـأبى ، وعجل ، فـاستقـاد له رسول الله ﷺ ، فعيبت رجل المستقيد ، وبرأت رجل المستقاد منه ، فقال النبي ﷺ : ليس لك شيء عجلت » رواه سعيد مرسلاً .

وحجـة القـول الأول مـا روى جـابر أن النبي ﷺ « نهى أن يستقـاد من الجروح حتى يبرأ المجروح » رواه الدارقطني

انظر (المغني ٧/٧٢٩) .

(٢) في نسخة « دار الفكر » و« دار الكتب الإسلامية » و « دار المعرفة » .

(يموت المقتص) والصواب (المقتص منه) فتأمل ذلك .

(٣) سراية القود غير مضمونة ، فإذا قطع طرفا يجب القود فيه ، فـاستوفى منـه المجني عليـه ، ثم مـات الجاني بسرايـة الاستيفـاء ، لم يلزم المستوفي شيء . وهـذا قول الحسن ، وابن سيرين ، ومـالـك ، والشافعي ، وأحمـد ، وإسحق ، وأبي يوسف ، ومحمـد ، وابن المنـذر . وروي ذلـك عن أبي بكر ، وعمر ، وعلي رضي الله عنهم .

وقال عطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينـار ، والحـارث العكلي ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، =

فعمدة الفريق الأول إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء على الذي قطع يده . وعمدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ وجبت فيه الدية ، ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ، ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه ، وقد قيل : إن المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم . فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن ، وينبغي أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك . ونبتدئ بحكم الخطأ في النفس .

* * *

= وأبو حنيفة : عليه الضمان ، قال أبو حنيفة : عليه كمال الدية في ماله ، وقال غيره : على عاقلته .

انظر (المصدر السابق ٧٢٧/٧)

وبهذا يتبين أن قول أبي حنيفة : أن الدية عليه في ماله ، وليس كما ذكره المؤلف .

كتاب الديات في النفوس

والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ **وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَن يَصَّدَّقُوا** ﴾[1] والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء ، وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية ، وأيضاً تختلف بحسب العمد إذا رضي بها الفريقان ، وأما من له القود على ما تقدم من الاختلاف . والنظر في الدية هو في موجبها ، أعني في أي قتل تجب ، ثم في نوعها وفي قَدْرها ، وفي الوقت الذي تجب فيه ، وعلى من تجب .

فأما في أي قتل تجب ، فإنهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبي ، وفي العمد الذي تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل ، مثل الحر والعبد . ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ، ومنه ما اختلفوا فيه ، وقد تقدم صدر من ذلك ، وسيأتي بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد .

وأما قدرها ونوعها ، فإنهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الإبل مائة من الإبل ، وهي في مذهب مالك ثلاثة ديات : دية الخطأ ، ودية العمد إذا قبلت ، ودية شبه العمد . وهي عند مالك في الأشهر عنه مثل فعل المدلجي بابنه . وأما الشافعي فالدية عنده اثنان فقط : مخففة ومغلظة . فالمخففة دية الخطأ ، والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد .

وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً : دية الخطأ ودية شبه العمد ، وليس عنده دية في العمد[2] وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلحا عليه

---

(١) النساء آية ٩٢ .

(٢) قال القرطبي : ذكر الله عز وجل في كتابه العمد ، والخطأ . ولم يذكر شبه العمد ، وقد اختلف العلماء في القول به ، فقال ابن المنذر : أنكر ذلك مالك ، وقال : ليس في كتاب الله إلا العمد ،

وهو حال عليه غير مؤجل ، وهو معنى قول مالك المشهور ، لأنه إذا لم تلزمه الدية عنده إلا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية ، إلا ما روي عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ، ودية العمد عنده أرباع : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لَبون ، وخمس وعشرون حُقَّة ، وخمس وعشرون جَذْعة ، وهو قول ابن شهاب وربيعة ، والدية المغلظة عنده أثلاثاً : ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة وهي الحوامل ، ولا تكون المغلظة عنده في المشهور إلا في مثل فعل المدلجي بابنه ، وعند الشافعي أنها تكون في شبه العمد أثلاثاً أيضاً ، وروي ذلك أيضاً عن عمر وزيد بن ثابت ، وقال أبو ثور : الدية في العمد إذا عفا ولي الدم أخماساً كدية الخطأ (١) .

واختلفوا في أسنان الإبل في دية الخطأ ، فقال مالك والشافعي : هي أخماس : عشرون ابنة مخاض ، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكراً ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وهو مروي عن ابن شهاب

= والخطأ . وذكره الخطابي أيضا عن مالك ، وزاد : وأما شبه العمد ، فلا نعرفه . قال أبو عمر : أنكر مالك ، والليث بن سعد شبه العمد ، فمن قتل عندهما بما لا يقتل مثله غالباً ، كالعضة ، واللطمة ، وضربة السوط . والقضيب وشبه ذلك ، فإنه عمد . وفيه القود . قال أبو عمر : وقال بقولها جماعة من الصحابة ، والتابعين .

وذهب جمهور فقهاء الأمصار إلى أن هذا كله شبه العمد . وقد ذكر عن مالك ، وقاله ابن وهب . وجماعة من الصحابة ، والتابعين ، قال ابن المنذر : وشبه العمد يعمل به عندنا . وممن أثبته الشعبي ، والحكم ، وحماد ، والنخعي ، وقتادة ، وسفيان الثوري ، وأهل العراق ، والشافعي . وروينا ذلك عن عمر ، وعلي رضي الله عنهما .

ثم قال القرطبى – وهو الصحيح – فإن الدماء أحق ما احتيط لها ، إذ الأصل صيانتها في أُهُبها (جلودها) فلا تستباح إلا بأمر بَيِّنٍ . لا إشكال فيه ، وهذا فيه إشكال . انظر (القرطبي ٥/٣٢٩) .

(١) انظر ما ذكره المؤلف (المجموع ١٧/٤٠٩)

وقال أحمد : يغلظ بثلث الدية ، ويجمع بين تغليظين . انظر (المجموع) .

وربيعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، أعني التخميس ، إلا أنهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر : ابن مخاض ذكراً ، وروي عن ابن مسعود الوجهان جميعاً ، وروي عن سيدنا علي أنه جعلها أرباعاً ، أسقط منها الخمس والعشرين بني لبون . وإليه ذهب عمر بن عبد العزيز ، ولا حديث في ذلك مسند ، فدل على الإباحة ـ والله أعلم ـ كما قال أبو عمر بن عبد البر[1] .

وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال : « في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة »[2] واعتل لهذا الحديث أبو عمر بأنه روي عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال : وأحب إليّ في ذلك الرواية عن علي ، لأنه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود .

وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ قضى أن من قتل خطأ فديته مائة من الإبل : ثلاثون بنت مخاض ، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقة ، وعشرة بنى لبون ذكر »[3] قال أبو

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف (المغني ٧٦٩/٧) ومذهب أحمد الذي لم يذكره المؤلف كمذهب أبي حنيفة ، أي جعل مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكراً .

(٢) حديث ابن مسعود « قضى في قتيل الخطأ .. » أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطائي عن عبد الله بن مسعود . قال الترمذي : لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه . وقد روي عن عبد الله موقوفا . انتهى .
قال الزيلعي : هكذا رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » حدثنا وكيع . ثنا سفيان عن أبي إسحق عن علقمة بن قيس عن عبد الله أنه قال : في الخطأ أخماسًا . فذكره . وبسند السنن رواه أحمد ، وابن أبي شيبة . وإسحق بن راهويه في « مسانيدهم » والدارقطني ، ثم البيهقي في « سننهما » وأطال الدارقطني الكلام عليه ، وملخصه أنه قال : هذا حديث ضعيف . غير ثابت عند أهل المعرفة . انظر (نصب الراية ٣٥٧/٤)
أما قول المؤلف وخرج البخاري ، فليس صحيحاً ، فإن البخاري لم يخرجه .

(٣) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده باللفظ الذي ذكره المؤلف رواه الخمسة إلا الترمذي . قال الشوكاني : سكت عنه أبو داود .

=

سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحداً من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء إن دية الخطأ أخماس ، وإن كانوا اختلفوا في الأصناف ، وقد روي أن دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري ، وهؤلاء جعلوها : خمساً وعشرين جذعة ، وخمساً وعشرين حقة ، وخمساً وعشرين بنات لبون ، وخمساً وعشرين بنات مخاض ، كما روي عن علي وخرجه أبو داود . وإنما صار الجمهور إلى تخميس دية الخطأ : عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون بني مخاض ذكر ، وإن كان لم يتفقوا على بني المخاض ، لأنها لم تذكر في أسنان فيها ، وقياس من أخذ بحديث التخميس في الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد إن ثبت هذا .

النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روي ذلك عن الشافعي ، ومن لم يقل بالتثليث شَبَّهَ العمد بما دونه . فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التي تكون من الإبل على أهل الإبل [1] .

وأما أهل الذهب والوَرِقِ فإنهم اختلفوا أيضاً فيما يجب من ذلك عليهم ، فقال مالك : على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الوَرِقِ اثنا عشر ألف درهم ، وقال أهل العراق : على أهل الوَرِقِ عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي بمصر : لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق إلا قيمة الإبل بالغة ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك [2] وعمدة مالك تقويم عمر بن

= وقال الترمذي : في إسناده عمرو بن شعيب ، وفي ذلك مقال للمحدثين . ومنْ دون عمرو بن شعيب ثقات إلا محمد بن راشد المكحولي ، وقد وثقه أحمد ، وابن معين ، والنسائي . وضعفه ابن حبان . وأبو زرعة . قال الخطابي : هذا الحديث لا أعرف أحدًا قال به من الفقهاء . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٨٦/٧) و (القرطبي ٣١٧/٥) .

(١) انظر ما قاله المؤلف لمذاهب العلماء (المغني ٧٧٠/٧) و (القرطبي ٣١٧/٥).

(٢) أجمع أهل العلم على أن أهل الإبل مائة من الإبل . لكنهم اختلفوا فيما على غير أهل الإبل ، فقال =

الخطاب المائة من الإبل على أهل الذهب بألف دينار ، وعلى أهل الورق باثني عشر ألف درهم .

وعمدة الحنفية ما رووا أيضاً عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم ، وإجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة . وأما الشافعي فيقول : إن الأصل في الدية إنما هو مائة بعير ، وعمر إنما جعل فيها ألف دينار على أهل الذهب ، واثني عشر ألف درهم على أهل الورق ، لأن ذلك كان قيمة الإبل من الذهب والورق في زمانه ، والحجة له ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : كانت الديات على عهد رسول الله ﷺ ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب على النصف من دية المسلمين . قال : فكان ذلك حتى استخلف عمر ، فقام خطيباً فقال : إن الإبل غلت ، ففرضها عمر على أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى

= أهل الشام ، ومصر ، والمغرب : على أهل الذهب ألف دينار . وهو قول مالك ، وأحمد ، وإسحق ، وأصحاب الرأى . والشافعي في أحد قوليه (القديم) . وروي هذا عن عمر ، وعروة ابن الزبير ، وقتادة .

وأما أهل الوَرِقِ ، فاثنا عشر ألف درهم ، وهم أهل العراق ، وفارس ، وخراسان . وهذا مذهب مالك على ما بلغه عن عمر أنه قوّم الدية على أهل القرى ، فجعلها على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الوَرِقِ اثني عشر ألف درهم .

وقال المزني : قال الشافعي : الدية الإبل ، فإن أعوزت . فقيمتها بالدراهم ، والدنانير على ما قومها عمر ألف دينار على أهل الذهب . واثنا عشر ألف درهم على أهل الورق .

وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والثوري : الدية من الورق عشرة آلاف درهم . رواه الشعبي عن عبيدة عن عمر أنه جعل الدية على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاء ألف شاة ، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل الحُلَلِ مائتي حُلّة » وخالف أبو حنيفة ما رواه عن عمر في البقر ، والشاء ، والحلل ، وبه قال عطاء وطاوس وطائفة من التابعين وهو قول الفقهاء السبعة المدنيين .

قال ابن المنذر : وقالت طائفة : دية الحر المسلم مائة من الإبل لا دية غيرها كما فرض رسول الله ﷺ . وهذا قول الشافعي ، وبه قال طاوس . انظر (القرطبي ٣١٦/٥) .

أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاة ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حلة ، وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً » (١) . واحتج بعض الناس لمالك لأنه لو كان تقويم عمر بدلاً لكان ذلك دَيْناً بدَيْنٍ ، لإجماعهم أن الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ، ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن الدية لا تؤخذ إلا من الإبل أو الذهب أو الوَرِق .

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون : يوضع على أهل الشاة ألفا شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائتا حُلَّةٍ وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم ، وما أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء « أن رسول الله ﷺ وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت عل أهل الإبل مائة بعير ، وعلى أهل الشاة ألف شاة ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة ، وعلى أهل البرود مائة حلة » (٢) وما روي عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى الأجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله ﷺ مائة بعير (٣) .

قال : فإن كان الذي أصابه من الأعراب فديته من الإبل لا يكلف الأعرابي الذهب ولا الورق ، فإن لم يجد الأعرابي مائة من الإبل فعدلها من الشاة ألف شاة . ولأن أهل العراق أيضاً رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن

---

(١) حديث عمرو بن شعيب هذا رواه أبو داود في سننه . انظر (نصب الراية) .

(٢) حديث عطاء رواه أبو داود كذلك .

(٣) بهذا اللفظ الذي ذكره المؤلف عن عمر بن عبد العزيز لم أجده ، وإنما روى عبد الرزاق في « مصنفه » أخبرنا ابن جريج ، أخبرنا عبد العزيز بن عمر أن في كتاب لعمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب شاور السلف حين جند الأجناد ، فكتب أن على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم ، وعلى أهل الإبل مائة من الإبل ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفي شاة ، وعلى أهل الحلل مائتي حُلَّةٍ ، أو قيمه ذلك . انظر (نصب الراية ٤/٣٦٢) .

شعيب عن أبيه عن جده نصاً . وعمدة الفريق الأول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على أهل الطعام ، وبالخيل على أهل الخيل ، وهذا لا يقول به أحد . والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها ، وفي مقدارها ، وعلى من تجب ، وفيما تجب ، ومتى تجب ؟ أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الأحرار المسلمين .

وأما على من تجب ؟ فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى : ﴿ ولا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرى ﴾ [١] ومن قوله عليه الصلاة والسلام لأبي رمثة وولده « لايجني عليك ولا تجني عليه » [٢] . وأما دية العمد فجمهورهم على أنها ليست على العاقلة لما روي عن ابن عباس ـ ولا مخالف له من الصحابة ـ أنه قال : « لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً في عمد » [٣] .

---

(١) الأنعام آية ١٦٤ ، الإسراء آية ١٥ ، فاطر آية ١٨ ، الزمر آية ٧ .

(٢) حديث أبي رمثة رواه أحمد ، وأبو داود ، والنسائي ، والترمذي وحسنه ، وصححه ابن خزيمة ، وابن الجارود ، والحاكم ، قال الحافظ : وأخرج نحوه أحمد ، والنسائي من رواية ثعلبة بن زهدم ، وللنسائي ، وابن ماجة ، وابن حبان من رواية طارق المحاربي ، ولابن ماجة من رواية أسامة ابن شريك . ولفظه عن أبي رمثة (بالثاء) قال : « خرجت مع أبي حتى أتيت رسول الله ﷺ ، فرأيت برأسه ردع حناء ، وقال لأبي : هذا ابنك ؟ قال : نعم ، قال : أما إنه لا يجني عليك ، ولا تجني عليه ، وقرأ رسول الله ﷺ ﴿ ولا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ انظر (نيل الأوطار ٩٤/٧) وفي جميع النسخ التي لدينا هكذا (زمنة) بالنون ، والصواب ما أثبتناه . كما أن في نسخة « دار الفكر » و« دار المعرفة » و(التجارية الكبرى) « لأبي زمعة لولده » والصواب : (وولده) لأن القول للرسول ﷺ .

وأبو رمثة (بكسر الراء ، وسكون الميم ، وبالثاء المثلثة) اسمه رفاعة ابن يثربي (بفتح الياء ، وسكون الثاء ، فراء ، فياء النسبة) قدم على النبي ﷺ ، وعداده في أهل الكوفة ، وقيل : اسمه حبيب بن وهب ، روى عنه إياد بن لقيط التيمي ، أو التيمي . انظر (سبل السلام) . و (تجريد أسماء الصحابة) .

(٣) أثر ابن عباس ، رواه أحمد ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى ولفظه : « لا تعقل العاقلة عمداً ، ولا صلحاً ، ولا اعترافاً ، ولا ما جني المملوك »وروي عن عمر رضي الله عنه قال : « العمد ، =

وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ ، وشذ الأوزاعي فقال : من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية ، وكذلك عندهم في قطع الأعضاء . وروي عن عمر أن رجلاً فقأ عين نفسه خطأ ، فقضى له عمر بديتها على عاقلته .

واختلفوا في دية شبه العمد ، وفي الدية المغلظة على قولين : واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب ؟ فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة : إنه كله يحمل على العاقلة ، وقال الشافعي عمد الصبي في ماله [1] . وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ ، فمن غَلَّبَ عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ، ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة ، وكذلك اختلفوا إذا اشترك في القتل عامد وصبي ، والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون ؟ فقال الشافعي : على أصله في مال الصبي ، وقال مالك : على العاقلة ، وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما .

وأما متى تجب ؟ فإنهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين ، وأما دية العمد فحالة إلا أن يصطلحا على التأجيل . وأما من هم العاقلة ؟

= والعبد ، والصلح ، والاعتراف لا تعقله العاقلة » .

قال البيهقي : كذا قال عن عامر عن عمر ، وهو عن عمر منقطع ، والمحفوظ عن عامر الشعبي من قوله . وقال بعد ذلك : هذا القول لا يصح عن عمر ، وإنما يصح عن الشعبي . انظر (سنن البيهقي ١٠٤/٨)

قال الزيلعي : وقد روي مرفوعاً قال عليه الصلاة والسلام « لا يعقل العواقل : عمداً ، ولا عبداً ، ولا صلحاً ، ولا اعترافاً » قال : وهو غريب . انظر (نصب الراية ٣٧٩/٤) وانظر (المغني ٧٧٥/٧) .

(١) ومذهب أحمد في الصبي ، والمجنون كمذهب مالك ، وأبي حنيفة : في أن العاقلة تحمله إذا كان عمداً . وقال الشافعي في أحد قوليه : لا تحمله ، لأنه عمد ، يجوز تأديبهما عليه ، فأشبه القتل من البالغ . انظر (المغني ٧٧٦/٧) .

فإن جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هي القرابة من قِبَلِ الأب ، وهم العَصَبَة دون أهل الديوان ، وتحمل الموالي العقل عند جمهورهم إذا عجزت عنه العصبة ، إلا داود فإنه لم ير الموالي عصبة ، وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك ، وقال الشافعي : على الغني دينار وعلى الفقير نصف دينار ، وهي عند الشافعي مُرَتَّبَةٌ على القرابة بحسب قربهم ، فالأقرب من بني أبيه ، ثم من بني جده ، ثم من بني بني أبيه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من أهل ديوان [١] .

وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله ﷺ وفي زمان أبي بكر ولم يكن هناك ديوان ، وإنما كان الديوان في زمن عمر بن الخطاب . واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي ﷺ أنه قال : « لا حِلْفَ في الإسلام ، وأيما حِلْفٍ كان في الجاهلية فلا يزيده الإسلام إلا قوة » [٢] .

---

(١) القول في أسنان دية شبه العمد ، كالقول في دية العمد ، غير أنها تخالف العمد في أمرين :

أحدهما : أنها على العاقلة في ظاهر مذهب أحمد . وبه قال الشعبي ، والنخعي ، والحكم ، والشافعي ، والثوري ، وإسحق ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر .

وقال ابن سيرين ، والزهري ، والحارث العكلي ، وابن شبرمة ، وقتادة ، وأبو ثور : هي على القاتل في ماله . واختاره أبو بكر عبد العزيز من الحنابلة .

الأمر الثاني : تأجيلها ، وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم كما ذكر المؤلف . انظر (المغني ٧/٧٦٧) .

أما العاقلة ، فهم من يحمل العقل ، والعقل الدية ، تسمى عقلاً ، لأنها تعقل لسان ولي المقتول ، وقيل : سميت بذلك لأنهم يمنعون عن القاتل ، والعقل : المنع .

ولا خلاف بين العلماء أن العاقلة العصبات ، وأن غيرهم من الإخوة لأم ، وسائر ذوي الأرحام ، والزوج ، وكل من عدا العصبات ليسوا من العاقلة ، واختلف في الآباء ، والبنين ، هل هم من العاقلة ، أو لا ؟ ، فقال قوم : كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل ، وأبناؤه ، وإخوته ، وعمومته ، وأبناؤهم ، وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة ، ورواية عن أحمد ، وهو اختيار أبي بكر ، والشريف أبي جعفر من الحنابلة والرواية الثانية : ليسوا من العاقلة ، وهو قول الشافعي . انظر (المغني ٧/٨٨٤) و (القرطبي ٥/٣٢٠) وما بعدها .

(٢) حديث جبير بن مطعم ، رواه مسلم ، وأبو داود ، والنسائي ، وأحمد .

وبالجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء . واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالي وهم السائبة إذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا ؟ وإن كان فعلى من يكون ؟ فقال من لم يجعل لهم موالي: ليس على السائبة عقل ، وكذلك من لم يجعل العقل على الموالي ، وهو داود وأصحابه . وقال : من جعل ولاءه لمن أعتقه عليه عقله ، وقال : من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ، ومن قال إن للسائبة أن يوالي من شاء جعل عقله لمن ولاه ، وكل هذه الأقاويل قد حكيت عن السلف[1] والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه ، والمؤثّر في نقصان الدِّيَةِ هي الأنوثة والكفر والعبودية .

أما دية المرأة فإنهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط . واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والأعضاء على ما سيأتي القول فيه في ديات الجروح والأعضاء .

أما دية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال : **أحدها** : أن ديتهم على النصف من دية المسلم : ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ، ونساؤهم على النصف من نسائهم ، وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز ، وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين .

والقول الثاني : أن ديتهم ثلث دية المسلم ، وبه قال الشافعي ، وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان ، وقال به جماعة من التابعين .

---

(١) من لا عاقلة له يؤدي عنه بيت المال ، وهو مذهب الشافعي والزهري ، ورواية عن أحمد . لأن النبي ﷺ وَدَى الأنصاري الذي قُتِلَ بخيبر من بيت المال .

والرواية الثانية : عن أحمد لا يجب ذلك من بيت المال ، لأن بيت المال فيه حق للنساء ، والصبيان ، والمجانين ، والفقراء ، ولا عقل عليهم ، فلا يجوز صرفه فيما لا يجب عليهم .

فإذا لم يكن على بيت المال ، فليس على القاتل شيء على هذه الرواية ، وهو أحد قولي الشافعي . انظر (المغني ٧/٧٩١) .

والقول الثالث : أن ديتهم مثل دية المسلمين ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة . وهو مروي عن ابن مسعود ، وقد روي عن عمر وعثمان ، وقال به جماعة من التابعين [١] .

فعمدة الفريق الأول ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : « دية الكافر على النصف من دية المسلم » [٢] وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى : ﴿ **وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ** ﴾ [٣] .

ومن السنة ما رواه معمر عن الزهري قال : دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم . قال : وكانت على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي حتى كان معاوية ، فجعل في بيت المال نصفها ، وأعطى أهل المقتول نصفها ، ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذي جعله معاوية في بيت المال [٤] . قال الزهري : فلم يقض لي أن أُذَكِّرَ بذلك عمر بن

---

(١) ومذهب أحمد كمذهب مالك ، أي نصف دية الحر المسلم ، وهو ظاهر المذهب ، وهو مذهب عمر ابن عبد العزيز ، وعروة ، ومالك ، وعمرو بن شعيب . وعن أحمد أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجع عنها . وروي ذلك عن عمر ، وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، وعمرو بن دينار ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو ثور .
وقال علقمة ، ومجاهد ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري ، وأبو حنيفة : ديته كدية المسلم ، وروي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وابن مسعود ، ومعاوية رضي الله عنهم .
وقال ابن عبد البر : هو قول سعيد بن المسيب ، والزهري . انظر (المغني ٧/٧٩٤) و (القرطبي ٥/٣٢٦) وانظر (القرطبي ٥/٣٢٥) لإجماع العلماء أن دية المرأة على النصف من دية الرجل .

(٢) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . رواه أحمد ، والنسائي ، والترمذي بلفظ « عَقْلُ الكافر نصف دية المسلم » وهناك روايات أخرى . وقد حسنه الترمذي ، وصححه ابن الجارود انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٧/٧٢) .

(٣) النساء آية ٩٢ .

(٤) حديث « دية اليهودي ، والنصراني ، وكل ذمي مثل دية المسلم ... » رواه البيهقي .
وعن ابن عباس قال « جعل رسول الله ﷺ دية العامريَّيْن دية الحر المسلم . وكان لهما عهد » . رواه البيهقي كذلك .

=

عبد العزيز فأخبره أن الدية كانت تامة لأهل الذمة .

وأما إذا قُتِلَ العبد خطأ أو عمداً على من لا يرى القصاص فيه ، فقال قوم : عليه قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز . وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يتجاوز بقيمة العبد الدية ، وقالت طائفة من فقهاء الكوفة : فيه الدية ، ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً . وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص ، فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر .

وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكلف ناقص ، فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ، ولو قيل فيه : إنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاً له وجه : أعني في دية الخطأ ، لكن لم يقل به أحد . وعمدة مالك أنه مال قد أتلف فوجب فيه القيمة ، أصله سائر الأموال .

واختلف في الواجب في العبد على من يجب ؟ فقال أبو حنيفة : هو على عاقلة القاتل ، وهو الأشهر عن الشافعي ، وقال مالك : هو على القاتل نفسه . وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض . وعمدة الشافعي قياسه على الحر (١) .

= ومثل ذلك أخرج عن ابن عمر . انظر (النيل ٧/٧٤) .

(١) العاقلة لا تحمل العبد ، إذا قتله قاتل ، وإنما تجب قيمته في مال القاتل ، ولا شيء على عاقلته ، خطأ كان أو عمداً ، وهو قول ابن عباس ، والشعبي ، والثوري ، ومكحول ، والنخعي ، والبتي ، ومالك ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وإسحق ، وأبي ثور ، وأحمد .

وقال عطاء ، والزهري ، والحكم وحماد وأبو حنيفة : تحمله العاقلة ، لأنه آدمي يجب بقتله القصاص ، وعن الشافعي ، كالمذهبين . انظر (المغني ٧/٧٧٥) .

والقول الأخير هو ما نرجحه كما رجحنا من قبل القصاص له من قاتله ، إذا كان حراً ، فالناس سواسية عند الله ، وفي أحكامه ، والله أعلم .

ومما يدخل في هذا الباب من أنواع الخطأ دية الجنين ، وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً ، وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه . والنظر في هذا الباب هو أيضا في الواجب في ضروب الأَجِنَّة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب ، وعلى من تجب ، ولمن يجب ، وفي شروط الوجوب .

فأما الأجنة فإنهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الأمة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه ﷺ من حديث أبي هريرة وغيره « أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها ، فقضى فيه رسول الله ﷺ بغرة : عبد أو وليدة »[1] واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه ، إلا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال : دية الجنين خمسمائة درهم . ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال : ستمائة درهم ، والذين لم يحدوا في ذلك حدًّا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا إخراج قيمتها عنها قالوا : الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت ، وقال داود وأهل الظاهر : كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ، ولا يجزئ عنده القيمة في ذلك فيما أحسب .

واختلفوا في الواجب في جنين الأمة وفي جنين الكتابية . فذهب مالك والشافعي إلى أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكراً كان أو أنثى يوم يجنى عليه ، وفرق قوم بين الذكر والأنثى . فقال قوم : إن كان أنثى فيه عشر قيمة أمه ، وإن كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حيًّا . وبه قال أبو حنيفة ، ولا خلاف عندهم أن جنين الأمة إذا سقط حيًّا أن فيه قيمته ، وقال أبو يوسف : في جنين الأمة إذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة أمه .

---

(١) الحديث متفق عليه انظر (منتقى الأخبار) .

أما جنين الذمية ، فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيه عشر دية أمه ، لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ، والشافعي على أصله في أن دية الذمي ثلث دية المسلم ، ومالك على أصله في أن دية الذمي نصف دية المسلم . وأما صفة الجنين الذي تجب فيه فإنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتاً ولا تموت أمه من الضرب .

واختلفوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً ، فقال الشافعي ومالك : لا شيء فيه ، وقال أشهب : فيه الغرة ، وبه قال الليث وربيعة والزهري [1] واختلفوا من هذا الباب في فروع ، وهي العلامة التي تدل على سقوطه حيّاً أو ميتاً . فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء : كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فأحكامه أحكام الحي . وهو الأظهر .

---

(١) قال القرطبي : ومما ينخرط في سلك هذا الباب ، ويدخل في نظامه : قتل الجنين في بطن أمه ، وهو أن يضرب بطن أمه ، فتلقيه حياً ، ثم يموت . فقال كافة العلماء : فيه الدية كاملة في الخطأ ، والعمد بعد القسامة ، وقيل : بغير قسامة .

واختلفوا فيما تعلم حياته بعد اتفاقهم على أنه إذا استهل صارخاً ، أو ارتضع ، أو تنفس نفساً محققة أنه حيّ ، فيه الدية كاملة ، فإن تحرك ، فقال الشافعي ، وأبو حنيفة : الحركة تدل على حياته . وقال مالك : لا . إلا أن يقارنها طول إقامة . والذكر ، والأنثى عند كافة العلماء في الحكم سواء .

فإن ألقته ميتاً ففيه غرة : عبد ، أو وليدة ، فإن لم تلقه ، وماتت ، وهو في جوفها ، لم يخرج ، فلا شيء فيه . وهذا كله إجماع لا خلاف فيه .

وروي عن الليث بن سعد ، وداود أنهما قالا في المرأة ، إذا ماتت من ضرب بطنها ، ثم خرج الجنين ميتاً بعد موتها : ففيه الغرة ، وسواء رمته قبل موتها ، أم بعد موتها ، المعتبر حياة أمه في وقت ضربها ، لا غير ، وقال سائر الفقهاء : لا شيء فيه ، إذا خرج ميتاً من بطنها بعد موتها ، قال الطحاوي - محتجاً لجماعة الفقهاء بأن قال : قد أجمعوا ، والليث معهم على أنه لو ضرب بطنها ، وهي حية ، فماتت ، والجنين في بطنها ، ولم يسقط أنه لا شيء فيه ، فكذلك ، إذا

واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة ، فقال مالك : كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة ، وقال الشافعي : لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة . والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه ، أعني أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه .

وأما على من تجب ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري : هي في مال الجاني ، وقال آخرون : هي على العاقلة ، وممن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة . وعمدتهم أنها جناية خطأ فوجبت على العاقلة . وما روي أيضاً عن جابر بن عبد الله « أن النبي ﷺ جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها » . وأما مالك فشبهها بدية العمد إذا كان الضرب عمداً [1] .

وأما لمن تجب ؟ فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : هي لورثة الجنين ، وحكمها حكم الدية في أنها موروثة ، وقال ربيعة والليث : هي للأم خاصة ، وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ، ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة ، فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة ، وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة ، واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ ، وأما أبو حنيفة فإن غَلَّبَ عليه حكم العمد ، والكفارة لا تجب عنده

= سقط بعد موتها ، (تفسير القرطبي ٣٢١/٥) وانظر (نيل الأوطار ٧٩/٧) و (المغني ٧٩٩/٧) وما بعدها .

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (القرطبي ٣٢٣/٥) أما مذهب أحمد ، فإن دية الجنين ، إذا مات مع أمه ، فإنه تحمله العاقلة . نص عليه أحمد ، إذا كانت الجناية خطأ ، أو شبه عمد ، وإن كان قتل الأم عمداً ، أو مات الجنين وحده ، لم تحمله العاقلة . وقال الشافعي : تحمله على كل حال . انظر (المغني ٨٠٦/٧) .

وحديث جابر الذي ذكره المؤلف رواه البيهقي في السنن الكبرى ، وابن أبي شيبة .

في العمد . وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ، وكان هذا مترددًا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها[1] .

ومن أنواع الخطأ المختلف فيه ، اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد ، فقال الجمهور : هم ضامنون لما أصابت الدابة ، واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطىء آخر بالعقل[2] . وقال أهل الظاهر : لا ضمان على أحد في جرح العجماء ، واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه ﷺ من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام « جرح العجماء جُبَار ، والبئر جُبَار ، والمعدن جُبَار ، وفي الرِّكاز الخُمُسُ »[3] فحمل الجمهور الحديث على أنه إذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا أنه إذا أصابت الدابة أحداً وعليها راكب أو لها قائد أو سائق ، فإن الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ .

واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها ، فقال مالك : لا شيء فيه إن لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على أن ترمح برجلها ، وقال الشافعي : يضمن الراكب ما أصابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى ، وسَوَّيا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذَّنَبِ ، وربما احتج من لم يُضَمِّنِ رِجْل الدابة بما روي عنه ﷺ « الرجل جبار » ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي، وَرَدَّه[4] .

---

(١) الغرة موروثة عن الجنين ، كأنه سقط حياً ، لأنها دية له ، وبدل عنه ، فيرثها ورثته ، كما لو قتل بعد الولادة . وبهذا قال الشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي .

وقال الليث : لا تورث ، بل تكون بدله لأمه ، لأنه كعضو من أعضائها ، فأشبه يدها . انظر (المغني ٨٠٩/٧) .

(٢) أثر عمر . رواه مالك في الموطأ .

(٣) حديث « جرح العجماء .. » متفق عليه . انظر (التلخيص ٢٩/٤) .

(٤) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء في جناية الدابة (المحلى ٣٣٨/١٢) وما بعدها .

وأقاويل العلماء فيمن حفر بئراً فوقع فيه إنسان متقاربة ، وقال مالك : إن حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وإن تعدى في الحفر ضمن ، وقال الليث : إن حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن ، فمن ضمن عنده فهو من نوع الخطأ (١) . وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة ، فقال بعضهم : إن أوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن ، وإن لم يفعل ضمن ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يضمن عل كل حال ، وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه ، كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وإن كان الركوب مباحاً .

واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما ، فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة : على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة ، وقال الشافعي وعثمان البتي : على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه (٢) .

---

(١) يجب الضمان بالسبب ، كما يجب بالمباشرة عند أحمد . فإذا حفر بئراً في طريق لغير مصلحة المسلمين ، أو في ملك غيره بغير إذنه ، أو وضع حجراً ، أو حديدة ، أو صب فيه ماء ، أو وضع فيه قشر بطيخ ونحوه ، وهلك فيه إنسان ، أو دابة ، ضمنه . روي ذلك عن علي رضي الله عنه . وقال به شريح ، والنخعي ، والشعبي ، وحماد ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق .
وإن حفر بئرًا في ملك نفسه ، أو في ملك غيره بإذنه ، فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعدٍّ بحفرها وإن حفرها فى موات ، لم يضمن كذلك ، سواء أذن له الإمام ، أم لم يأذن ، وهو مذهب أحمد ، انظر (المغني) و (المجموع ٣٨٢/١٧) ونقل صاحب تحفة العظماء من الأحناف الإجماع أن من حفر بئراً على قارعة الطريق فعليه الضمان . انظر (١٥٠/٣) .

(٢) قال الشافعي : في رجلين يصدم أحدهما الآخر ، فيموتا ، قال : دية المصدوم على عاقلة الصادم ، ودية الصادم هدر . وقال في الفارسين إذا استصدما ، فماتا : على كل واحد منهما نصف دية صاحبه ، لأن كل واحد منهما مات من فعل نفسه ، وفعل صاحبه ، وبه قال عثمان البتي ، وزفر .
وقال مالك ، والأوزاعي ، والحسن بن حيّ ، وأبو حنيفة ، وأحمد ، وإسحق في الفارسين يصطدمان ، فيموتان : على كل واحد منهما دية الآخر على عاقلته . انظر (المهذب مع المجموع ٣٨٩/١٧) و (القرطبي ٣٢٦/٥) .

وأجمعوا على أن الطبيب إذا أخطأ لزمته الدية . مثل أن يقطع الحشفة في الختان ، وما أشبه ذاك ، لأنه في معنى الجاني خطأ ، وعن مالك رواية : أنه ليس عليه شيء ، وذلك عنده إذا كان من أهل الطب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنه يضمن لأنه متعد ، وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « من تطبب ولم يُعْلَمْ منه قبل ذلك الطب فهو ضامن »[1] والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ، ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ، ولا خلاف أنه إذا لم يكن من أهل الطب أنها في ماله على ظاهر حديث عمرو ابن شعيب .

ولا خلاف بينهم أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة ؟ وفي قتل العبد خطأ ، فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد ، وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأَوْلى والأَحْرى ، وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ .

واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام ، فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى : لا تغلظ الدية فيهما ، وقال الشافعي : تغلظ فيهما في النفس وفي الجراح ، وروي عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم أنه يزاد

---

(١) حديث « من تطبب ، ولم يُعْلَمْ منه طب ، فهو ضامن » رواه أبو داود . وتطبب . بتشديد الباء الأولى ، أي تعاطى علم الطب ، وعالج مريضاً .
قال الخطابي : لا أعلم خلافاً في أن المعالج ، إذا تعدى ، فتلف المريض ، كان ضامناً ، والمتعاطي علماً ، أو عملاً ، لا يعرفه متعد ، فإذا تولد من فعله التلف ضمن الدية ، وسقط القود عنه ، لأنه لا يستبد بذلك دون إذن المريض ، وجناية الطبيب في قول عامة الفقهاء على عاقلته . انظر (أبو داود مع عون المعبود ٣٢٩/١٢) .

فيها مثل ثلثها ، وروي ذلك عن عمر ، وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم [١] .

وعمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيت الديات ، فمن ادعى في ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع أنهم قد أجمعوا على أنه لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما . وعمدة الشافعي أن ذلك مروي عن عمر وعثمان وابن عباس ، وإذا روي عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ، ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع ، وللفريق الثاني أن يقول إنه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه .

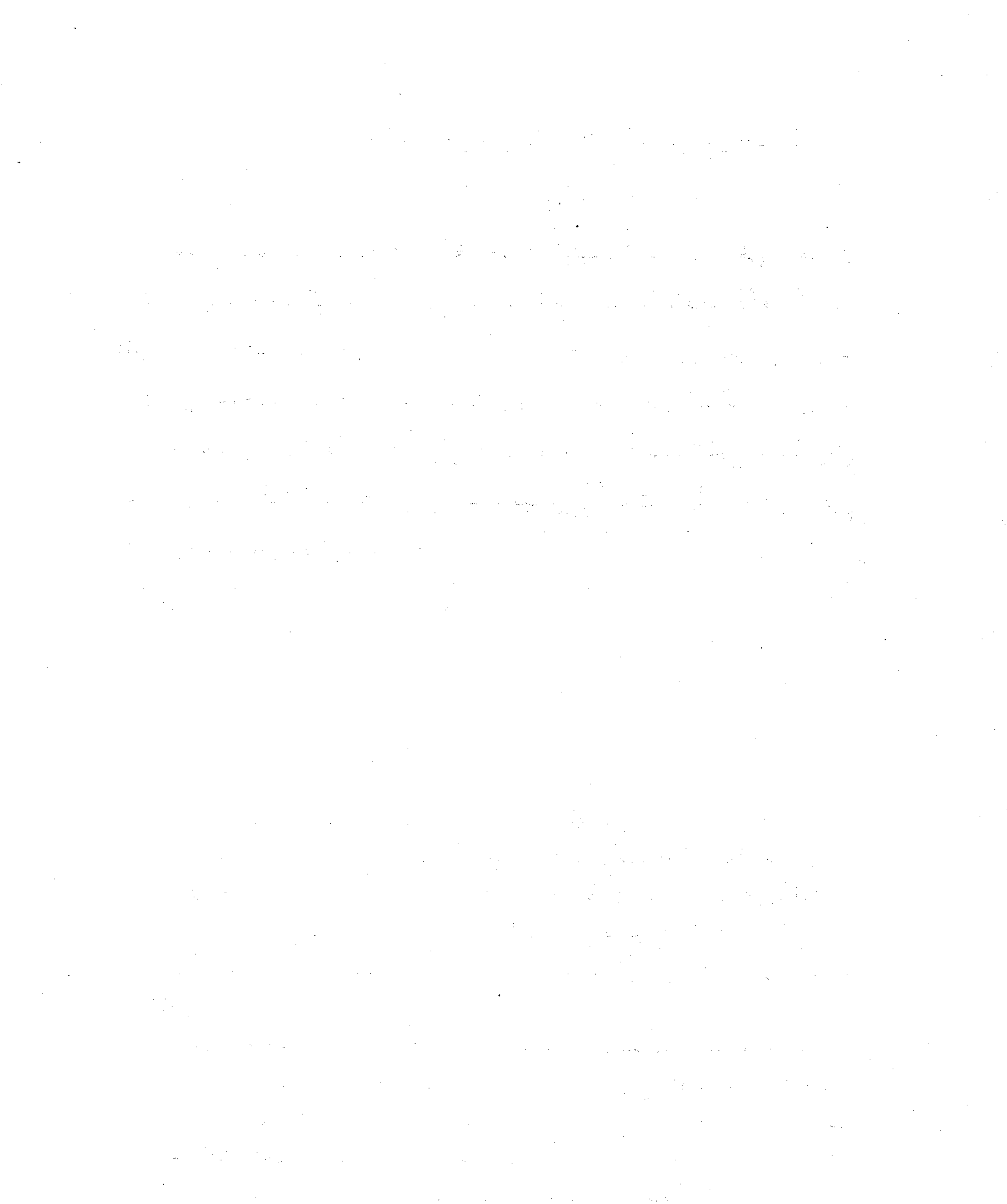
* * *

---

(١) تغلظ الدية في مذهب أحمد بثلاثة أشياء : إذا قتل في الحرم ، والشهور الحرم ، وإذا قتل محرماً . نص أحمد على من قتل محرماً في الحرم ، وفي الشهر الحرام . فأما إن قتل ذا رحم محرم ، فقال أبو بكر من الحنابلة : تغلظ ديته . وقال القاضي من الحنابلة : ظاهر كلام أحمد أنها لا تغلظ . وقال أصحاب الشافعي : تغلظ بالحرم ، والأشهر الحرم ، وذي الرحم المحرم ، وفي التغليظ بالإحرام وجهان .

ومن روي عنه التغليظ عثمان ، وابن عباس ، والسعيدان ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، ومجاهد ، وسليمان بن يسار ، وجابر بن زيد ، وقتادة ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق . واختلف القائلون بالتغليظ في صفته ، فقال الحنابلة : تغلظ لكل من الحرمات ثلث الدية ، فإذا اجتمعت الحرمات الثلاث ، وجبت ديتان .

وقال أصحاب الشافعي : صفة التغليظ : إيجاب دية العمد في الخطأ ، لا غير ، ولا يتصور التغليظ في غير الخطأ ، ولا يجمع بين تغليظين ، وهو قول مالك ، إلا أنه يغلظ في العمد . انظر (المغني ٧/٧٧٢) .



كتاب الديات فيما دون النفس

والأشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شِجاج وأعضاء ، فلنبدأ بالقول في الشجاج ، والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب ، وعلى من تجب ؟ ومتى تجب ؟ ولمن تجب ؟ فأما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الأعضاء ، والشجاج عشرة في اللغة والفقه : أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ، ثم الخارصة وهي التي تشق الجلد ، ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم : أي تشقه ، ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ، ثم السمحاق وهي التي تبلغ السمحاق وهو الغشاء الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها : الملطاء بالمد والقصر ، ثم الموضحة وهي التي توضح العظم : أي تكشفه ، ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ، ثم المنقلة وهي التي يطير العظم منها ، ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ، ثم الجائفة وهي التي تصل إلى الجوف ، وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن ، واسم الجرح يختص بما وقع في البدن ، فهذه أسماء هذه الشجاج .

فأما أحكامها أعني الواجب فيها ، فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطأ . واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل ، وإنما فيها حكومة ، قال بعضهم : أجرة الطبيب ، إلا ما روي عن عمر وعثمان أنهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة ، وروي عن علي أنه قضى فيها بأربع من الإبل ، وروي عن زيد بن ثابت أنه قال : في الدامية بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة ، والجمهور من فقهاء الأمصار على ما ذكرنا ، وذلك أن الأصل في الجراح الحكومة إلا ما وقتت فيه السنة حداً ، ومالك يعتبر في إلزام الحكومة فيما دون الموضحة أن تبرأ على شَيْنٍ ، والغير من فقهاء الأمصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ ، فهذه هى أحكام ما دون الموضحة .

فأما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها إذا كانت خطأ خمساً من الإبل ، وثبت ذلك عن رسول الله ﷺ في كتابه لعمرو بن حزم ، ومن حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « في الموضحة خمس »[1] يعني من الإبل .

واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا ، أعني على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية في الخطأ منها ، فقال مالك : لا تكون الموضحة إلا في جهة الرأس والجبهة والخدين واللَّحْي الأعلى ، ولا تكون في اللَّحْي الأسفل لأنه في حكم العنق ولا في الأنف ، وأما الشافعي وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس ، والجمهور على أنها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة في الجنب ، وقال الأوزاعي : إذا كانت في الجسد كانت على النصف من ديتها في الوجه والرأس . وروي عن عمر أنه قال : في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو .

وغَلَّظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شَيْنٍ ، فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها ، وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار ، واضطرب قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول سليمان بن يسار ، ومرة قال :

---

(١) أخرج هذا الحديث النسائي ، وابن خزيمة ، وابن حبان ، وابن الجارود ، والحاكم ، والبيهقي عن أبي بكر بن محمد عن أبيه عن جده .

أما النسائي فرواه عن الزهري مرسلاً وقال : وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهري مرسلاً . وأما الباقون فرووه موصولاً . وقد صححه جماعة من أئمة الحديث ، منهم أحمد ، والحاكم ، وابن حبان ، والبيهقي . وهو حديث مطول ، وهذا جزء منه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦٥/٧) أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، فرواه الخمسة ، انظر (المصدر السابق ٧٠/٧) .

وانظر لأقوال العلماء (المصدر السابق ٦٨/٧) .

لا يزاد فيها على عقلها شيء ، وبه قال الجمهور ، وقد قيل عن مالك إنه قال : إذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ، ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته أن لو كان عبداً (١) .

وأما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية ، وروي ذلك عن زيد بن ثابت ، ولا مخالف له من الصحابة ، وقال بعض العلماء : الهاشمة هي المنقلة وشذ . وأما المنقلة فلا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ ، فأما إذا كانت عمداً ، فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكي عن ابن الزبير أنه أقاد منها ومن المأمومة .

وأما الهاشمة في العمد ، فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود . ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى أن يجيز ذلك من الهاشمة .

وأما الجائفة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكي عن ابن الزبير .

وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وأنها لا يقاد منها وأن فيها ثلث الدية وأنها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن . واختلفوا إذا وقعت في غير ذلك من الأعضاء فنفذت إلى تجويفه ، فحكى مالك عن سعيد بن المسيب أن في كل جراحة نافذة إلى تجويف عضو من الأعضاء ـ أي عضو كان ـ ثلث دية ذلك العضو (٢) .

---

(١) وممن قال إن الموضحة في الرأس ، والوجه سواء : أحمد ، وشريح ومكحول ، والشعبي ، والنخعي ، والزهري ، وربيعة ، وعبيد الله بن الحسن ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وإسحق ، وروي ذلك عن أبي بكر ، وعمر رضي الله عنهما ، وروي عن سعيد بن المسيب أنه قال : تضعّف موضحة الوجه على موضحة الرأس ، فيجب في موضحة الوجه عشر من الإبل ، لأن شينها أكثر ، وذكره القاضي من الحنابلة رواية عن أحمد . انظر (المغني ٤٣/٨) .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (نيل الأوطار) و (المغني) .

وحكى ابن شهاب أنه كان لا يرى ذلك ، وهو الذي اختاره مالك لأن القياس عنده في هذا لا يسوغ ، وإنما سنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فإنه قاس ذلك على الجائفة على نحو ما روي عن عمر في موضحة الجسد . وأما الجراحات التي تقع في سائر الجسد فليس في الخطأ منها إلا الحكومة .

* * *

القول في ديَات الأعضاء

والأصل فيما فيه من الأعضاء إذا قطع خطأ مال محدود ، وهو الذي يسمى دية ، وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم في العقول « أن في النَّفْسِ مائةً من الإبل ، وفي الأنف إذا استوعب جَدْعاً مائة من الإبل ، وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها وفي العَيْنِ خمسون ، وفي اليد خمسون ، وفي الرِّجْل خمسون ، وفي كل أصبع مما هناك عشر من الإبل ، وفي السن والموضحة خمس »[1] . وكل هذا مجمع عليه إلا السن والإبهام ، فإنهم اختلفوا فيهما على ما سنذكره . ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر هٰهنا قياساً على ما ذكر فنقول : إن العلماء أجمعوا على أن في الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على أن في كل واحدة منهما نصف الدية ، وروي عن قوم من التابعين أن السفلى ثلثي الدية لأنها تحبس الطعام والشراب ، وبالجملة فإن حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا ، وهو مذهب زيد بن ثابت .

وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الإنسان الدية ما خلا الحاجبين وثديي الرجل .

---

(١) هذا جزء من الحديث السابق ، وقد تقدم تخريجه .

واختلفوا في الأذنين متى تكون فيهما الدية ؟ فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري والليث : إذا اصطلمتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا إذهاب السمع ، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة .

وأما مالك فالمشهور عنده أنه لا تجب في الأذنين الدية إلا إذا ذهب سمعها ، فإن لم يذهب ففيه حكومة ، وروي عن أبي بكر أنه قضى في الأذنين بخمس عشرة من الإبل وقال : إنهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة . وروي عن عمر وعلي وزيد أنهم قضوا في الأذن إذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم أن في ذهاب السمع الدية [1] .

وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة ، وقال أبو حنيفة : فيهما الدية ، وكذلك في أشفار العين ، وليس عند مالك في ذلك إلا حكومة .

وعمدة الحنفية ما روي عن ابن مسعود أنه قال : « في كل اثنين من الإنسان الدية » وتشبيهها بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثنّاة . وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وإنما طريقه التوقيف ، فما لم يثبت من قِبَلِ السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة ، وأيضا فإن الحواجب ليست أعضاء لها منفعة ولا فعل بين - أعني ضرورياً في الخلقة .

وأما الأجفان فقيل في كل جفن منها ربع الدية ، وبه قال الشافعي والكوفي ، لأنه لا بقاء للعين دون الأجفان ، وفي الجفنين الأسفلين عند غيرهما

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف (المغني ٨/٨) .

أما ذهاب السمع ، فقد قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية . روي ذلك عن عمر . وبه قال مجاهد . وأحمد ، وقتادة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأهل الشام ، وأهل العراق ، ومالك ، والشافعي ، وابن المنذر . قال ابن قدامة : ولا أعلم عن غيرهم خلافًا .

الثلث وفي الأعليين الثلثان [١] . وأجمعوا على أن من أصيب من أطرافه أكثر من ديته أن له ذلك ، مثل أن تصاب عيناه وأنفه فله ديتان .

وأما الأنثيان فأجمعوا أيضا على أن فيهما الدية ، وقال جميعهم : إن في كل واحدة منهما نصف الدية ، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب أنه قال : في البيضة اليسرى ثلثا الدية لأن الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية ، فهذه مسائل الأعضاء المزدوجة [٢] . وأما المفردة فإن جمهورهم على أن في اللسان خطأ الدية ، وذلك مروي عن النبي ﷺ ، وذلك إذا قطع كله أو قطع منه ما يمنع الكلام ، فإن لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة .

واختلفوا في القصاص فيه عمداً ، فمنهم من لم ير فيه قصاصاً وأوجب الدية ، وهم مالك والشافعي والكوفي ، لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني ، والكوفي ومالك على العاقلة ، وقال الليث وغيره : في اللسان عمداً القصاص [٣] وأما الأنف فأجمعوا على أنه إذا أوعب جَدْعاً على أن فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أو لم يذهب ، وعنده أنه إذا ذهب أحدهما ففيه الدية ، وفي ذهاب أحدهما بعد الآخر الدية الكاملة [٤] . وأجمعوا

---

(١) في أجفان العين الأربعة جميعا الدية ، وبهذا قال الحسن ، والشعبي ، وقتادة ، وأبو هاشم ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي . وعن مالك في جفن العين ، وحجابها الاجتهاد .

وتجب عند أحمد في أهداب العينين بمفردها الدية ، في كل مكان واحد منها ربعها . وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : فيه حكومة . انظر (المصدر السابق ٨/٧) .

(٢) قال ابن قدامة : لا نعلم في هذا خلافاً : أن في الأنثيين الدية . انظر (المغني ٨/٣٤)

وفي إحداهما نصف الدية ، وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية ، وفي اليمنى ثلثها ، لأن اليسرى أكثر ، لأن النسل يكون بها . (المصدر السابق) .

(٣) وممن قال في قطع اللسان عمداً القصاص : أحمد . انظر (المغني ٨/١٦) .

(٤) قال ابن قدامة : وفي الأنف الدية ، إن كان قطع مارنه ، بغير خلاف بينهم .

على أن في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة .

واختلفوا في ذكر العِنِّين والخَصِيِّ ، كما اختلفوا في لسان الأخرس وفي اليد الشلاء ، فمنهم من جعل فيها الدية ، ومنهم من جعل فيها حكومة ، ومنهم من قال : في ذكر الخصي والعنين ثلث الدية ، والذي عليه الجمهور أن فيه حكومة . وأقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ، ثم في باقي الذكر حكومة ، وأما عين الأعور فللعلماء فيه قولان : أحدهما أن فيه الدية كاملة وإليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة ، وبه قال الليث ، وقضى به عمر ابن عبد العزيز ، وهو قول ابن عمر ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : فيها نصف الدية كما في عين الصحيح ، وهو مروي عن جماعة من التابعين [1] .

وعمدة الفريق الأول أن العين الواحدة للأعور بمنزلة العينين جميعاً لغير الأعور ، وعمدة الفريق الثاني حديث عمرو بن حزم : أعني عموم قوله « وفي العين نصف الدية » [2] وقياسا أيضا على إجماعهم أنه ليس على من قطع يد من له يد واحدة إلا نصف الدية .

فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ، ومعارضة القياس للقياس . ومن أحسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فأذهب بعض بصرها ما روي من ذلك عن علي رضي الله عنه أنه أمر بالذي أصيب بصره بأن عصبت عينه الصحيحة ، وأعطى رجلاً بيضة فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى لم يبصرها ، فخط عند أول ذلك خَطًّا في الأرض ثم أمر بعينه المصابة

---

(١) في عين الأعور دية كاملة ، وهو مذهب الزهري ، ومالك ، والليث ، وقتادة ، وإسحق ، وأحمد .

وقال مسروق ، وعبد الله بن مغفل ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة : فيها نصف الدية . انظر (المغني ٨/٤) .

(٢) تقدم هذا الحديث .

فعصبت وفتحت الصحيحة ، وأعطى رجلاً البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر إليها حتى خفيت عنه ، فخط أيضا عند أول ما خفيت عنه في الأرض خَطًّا ، ثم عَلَّمَ ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فأعطاه قدر ذلك من الدية [١] .

وَيُخْتَبَرُ صدقه في مسافة إدراك العين العليلة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مِراراً شتى في مواضع مختلفة ، فإن خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمنا أنه صادق .

واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها . فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة : فيها حكومة ، وقال زيد بن ثابت : فيها عشر الدية مائة دينار ، وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويماً لا تفويتاً . وروي عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية . وقال مالك : تتم دية السن باسودادها ثم في قلعها بعد اسودادها دية .

واختلف العلماء في الأعور يفقأ عين الصحيح عمداً ، فقال الجمهور إن لم يعف فله القَوَدُ ، وإن عفا فله الدية ، قال قوم : كاملة ، وقال قوم : نصفها ، وبه قال الشافعي وابن القاسم ، وبكلا القولين قال مالك : وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار . وقال الكوفيون : ليس للصحيح الذي فقئت عينه إلا القود أو ما اصطلحوا عليه [٢] .

---

(١) هذا الأثر ذكره ابن قدامة نقلًا عن ابن المنذر . انظر (المغني ٨/٤) .

(٢) إن قلع الأعور عين صحيح ، نظر ،فإن قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة . أو قلع المماثلة للصحيحة خطأ ، فليس عليه إلا نصف الدية . قال ابن قدامة : لا أعلم فيه مخالفاً ، لأن ذلك هو الأصل ، وإن قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمداً ، فلا قصاص عليه ، وعليه الدية كاملة . وبه قال أحمد ، وسعيد بن المسيب ، وعطاء ، ومالك في إحدى روايتيه . وقال في الأخرى : عليه =

وعمدة من رأى جميع الدية عليه إذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهي العين العوراء ، وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم .

ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الأعور إذا فقئت وجب فيها ألف دينار ، لأنها في حقه في معنى العينين كلتيهما إلا العين الواحدة ، فإذا تركها له وجبت عليه ديتها . وعمدة أولئك البقاء على الأصل ، أعني أن في العين الواحدة نصف الدية .

وعمدة أبي حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة ، وهذه المسألة قد ذكرت في باب القَوَدِ في الجراح .

وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى : مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم : إن في كل أصبع عشراً من الإبل وإن الأصابع في ذلك سواء وإن في كل أنملة ثلث العشر إلا ما له من الأصابع أنملتان كالإبهام ، ففي أنملته خمس من الإبل [1] .

= نصف الدية ، ولا قصاص . وقال المخالفون في المسألة : له القصاص . وإن اختار الدية ، فله نصفها .

أما إن قلع الأعور عين صحيح العينين ، فليس عليه إلا دية عمداً ، كان ، أو خطأ في مذهب أحمد . وذكر القاضي من الحنابلة : أن قياس مذهب أحمد وجوب ديتين . انظر (المغني) .

(١) هذا قول عامة أهل العلم : فى الأصبع عشر من الإبل ، منهم عمر ، وعليّ ، وابن عباس . وبه قال مسروق ، وعروة ، ومكحول ، والشعبي وعبد الله بن مغفل ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، وأصحاب الحديث ، وأحمد . قال ابن قدامة لا نعلم به مخالفاً . إلا رواية عن عمر أنه قضى في الإبهام بثلث غرة ، وفي التي تليها عشرة ، وفي الوسطى بعشر . وفي التي تليها بتسع ، وفي الخنصر بست ، لكنه ترك ذلك عندما بلغه الحديث .

وعن مجاهد في الإبهام خمس عشرة ، وفي التي تليها ثلاث عشرة ، وفي التي تليها عشر ، وفي التي تليها ثمان ، وفي التي تليها سبع . انظر (المغني) و (نيل الأوطار) . وقالت الشافعية ، والحنفية ، والقاسمية : في كل أنملة ثلث دية الأصبع ، إلا أنملة الإبهام ، ففيها النصف . وقال مالك : بل الثلث . (نيل الأوطار) .

وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله ﷺ قال : « وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الإبل » [١] وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ قضى في الأصابع بعشر العشر » [٢] وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم على أهل الوَرِقِ بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الوَرِقِ . فهي عند من يرى أنها اثنا عشر ألف درهم عشرها ، وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها .

وروي عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الأصابع ، فروي عن عمر بن

---

(١) تقدم تخريج الحديث ، وهو حديث عمرو بن حزم .

(٢) في جميع النسخ التي لدينا هكذا « بعشر العشر » وهذا خطأ ، والصواب (عشرٌ عشرٌ) وهو تكرار ، أي لكل أصبع عشرٌ . والفرق واضح ، فإن معنى الأولى عشر العشر . أي واحد من عشر العشر ، ومعناه : يستخرج العشر ، ثم يستخرج عشرها كذلك . وهذا لم يقل به أحد . فتأمل ذلك .

ولفظ الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال في خطبته ، وهو مسند ظهره إلى الكعبة : « في الأصابع عشرٌ عشرٌ » . أخرجه بهذا اللفظ أبو داود ، والنسائي عن حسين المعلم عن عمرو .

ولفظ ابن ماجة « الأصابع كلها سواء في كل واحدة عشر من الإبل » عن أبي عروة عن مطرف عن عمرو .

وبالسندين رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، وعبد الرزاق كذلك في مصنفه مفصلاً . انظر (نصب الراية ٣٧٢/٤)

وروى أبو داود كذلك عن أبي موسى عن النبي ﷺ قال « الأصابع سواء ، عشرٌ عشرٌ من الإبل »

وفي لفظ « الأصابع سواء ، قلت : عشرٌ عشرٌ ؟ قال : نعم »

انظر (سنن أبي داود مع عون المعبود ٣٠٠/١٢ ، ٣٠٣)

ولفظ ابن ماجة « الأصابع سواء كلهن ، فيهن عشرٌ عشرٌ من الإبل »

انظر (٨٨٦/٢)

أما بهذا اللفظ الذي ذكره المؤلف « قضى رسول الله بعشر العشر » فلم أجده . وكما قلنا : هو خطأ .

الخطاب أنه قضى في الإبهام والتي تليها بعقل نصف الديـة ، وفي الوسطى بعشر فرائض ، وفي التي تليها بتسع ، وفي الخنصر بست . وروي عن مجاهد أنـه قـال في الإبهام خمسة من الإبل ، وفي التي تليها عشر ، وفي الوسطى عشر ، وفي التي تليها ثمـان ، وفي الخنصر سبع وأمـا الترقوة والضلع ، ففيهـا عنـد جمهور فقهـاء الأمصار حكومة ، وروي عن بعض السلف فيها توقيت .

وروي عن مـالـك أن عمر بن الخطـاب قضى في الضِّرْسِ بجمـل ، والضلـع بجمل ، وفي الترقـوة بجمـل . وقـال سعيـد بن جبير في الترقـوة بعيران . وقـال قتادة : أربعة أبعرة . وعمدة فقهاء الأمصار أن مـا لم يثبت فيـه عن النبي ﷺ توقيت فليس فيه إلا حكومة .

وجمهـور فقهـاء الأمصـار على أن في كل سن من أسنـان الفم خَمْسـاً من الإبل ، وبه قال ابن عباس . وروى مالـك عن عمر أنـه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقـدم الفم . وأمـا التي في مقـدم الفم فلا خلاف أن فيهـا خَمْسـاً من الإبل . وقـال سعيـد بن المسيب : في الأضرس بعيران . وروي عن عبد الملـك بن مروان أن مروان بن الحكم اعترض في ذلـك على ابن عبـاس فقال : أتجعل مقـدم الأسنـان مثل الأضراس ؟ فقـال ابن عبـاس : لو لم يعتبر ذلك إلا بالأصابع عقلها سواء ، عمـدة الجمهور في مثل ذلـك مـا ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « في السن خمس » [1] وذلك من حديث عمر بن شعيب

---

(١) هذا جزء من الحديث الذي رواه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة من حـديث عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جـده ، وأخرجـه ابن حبـان ، وهـو في كتـاب عمرو بن حـزم ، انظر (التلخيص ٢٨/٤) .

قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن دية الأسنان خمس ، خمس في كل سن . وقـد روي ذلـك عن عمر بن الخطـاب ، وابن عبـاس ، ومعـاويـة ، وسعيـد بن المسيب ، وعروة ، وعطـاء ، وطـاوس ، والـزهري ، وقتـادة ، ومـالـك ، والثـوري ، والشـافعي ، وإسحـق ، وأبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وأحمد .

=

عن أبيـه عن جـده واسم السن ينطلـق على التي في مقـدم الفم ومـؤخره ، وتشبيهها أيضا بالأصابع التي استوت ديتها وإن اختلفت منافعها .

وعمدة من خـالف بينهما أن الشرع يوجـد فيـه تفـاضل الـديـات لتفـاضل الأعضاء مع أنه يشبّه أن يكون من صار إلى ذلك من الصـدر الأول إنما صـار إليه عن توقيف ، وجميع هذه الأعضاء التي تثبت الدية فيها خطـأ فيهـا القود في قَطْع ما قُطِع وقَلْعِ ما قُلِع .

واختلفوا في كَسْرِ ما كُسِرَ ، منها السـاق والـذراع هل فيـه قود أم لا ؟ فـذهب مالك وأصحابه إلى أن القود في كسر جميع العظـام إلا الفخـذ والصلب ، وقـال الشـافعي ، والليث : لا قصـاص في عظم من العظـام بكسر ، وبـه قـال أبـو حنيفة إلا أنه استثنى السن .

وروي عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم ، وكذلك عن عمر . قـال أبو عمر بن عبد البر : ثبت أن النبي ﷺ أقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال : وقـد روي من حـديث آخر أن النبي عليـه الصلاة والسلام لم يُقِـدْ من العظم المقطوع في غير المفصل إلا أنه ليس بالقوي . وروي عن مـالـك أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد مِنْ كَسْر الفَخِذِ .

واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس . واختلفوا في ديات الشجاج وأعضائها ، فقال جمهور فقهاء المدينة : تسـاوي المرأة الرجل في عَقْلِهـا

= فأمـا الأضراس ، والأنيـاب ، فـأكثر أهل العلم على أنهـا مثل الأسنـان : منهم عروة ، وطـاوس ، وقتادة ، والزهري ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وأحمد . وروي ذلك عن ابن عباس ، ومعاوية .

وروي عن عمر (رضي الله عنه) أنه قضى في الأضراس ببعير بعير .

وعن سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت في الأضراس بعيرين بعيرين ، فتلك الـديـة سواء ، وعن عطاء نحوه .

وحكي عن أحمد رواية أن في جميع الأسنان ، والأضراس الدية ، انظر (المغني ٢١/٨) .

من الشجاج والأعضاء إلى أن تبلغ ثلث الدية ، فإذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها إلى النصف من دية الرجل ، أعني دية أعضائها من أعضائه ، مثال ذلك أن في كل أصبع من أصابعها عشراً من الإبل ، وفي اثنان منها عشرون ، وفي ثلاثة ثلاثون ، وفي أربعة عشرون ، وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ، ورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير ، وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز .

وقالت طائفة : بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل إلى الموضحة ، ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل ، وهو الأشهر من قولي ابن مسعود . وهو مروي عن عثمان ، وبه قال شريح وجماعة ، وقال قوم : بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره ، وهو قول عليّ رضي الله عنه ، وروي ذلك عن ابن مسعود ، إلا أن الأشهر عنه ما ذكرناه أولاً . وبهذا القول قال أبو حنيفة والشافعي والثوري [١] .

---

(١) نقل الإجماع - على أن دية المرأة نصف دية الرجل - ابن قدامة عن ابن المنذر ، وابن عبد البر .
قال القرطبي : قال أبو عمر : إنما صارت دية المرأة على النصف من دية الرجل من أجل أن لها نصف ميراث الرجل ، وشهادة امرأتين بشهادة رجل . وهذا إنما هو في الخطأ .
وأما في العمد . ففيه القصاص بين الرجل ، والمرأة .
أما مذهب أحمد - الذي لم يذكره المؤلف في دية جراح المرأة - فإن مذهبه أن جراح المرأة يساوي جراح الرجل إلى ثلث الدية ، فإن جاوز الثلث ، فعلى النصف ، وروي هذا عن عمر ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، وعروة بن الزبير ، والزهري ، وقتادة ، والأعرج ، وربيعة ، ومالك . قال ابن عبد البر : وهو قول فقهاء المدينة السبعة ، وجمهور أهل المدينة ، وحكي عن الشافعي في القديم .
وقال الحسن : يستويان إلى النصف .
وروي عن (علي رضي الله عنه) أنها على النصف فيما قل ، وكثر . وروي ذلك عن ابن سيرين . وبه قال الثوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، =

وعمدة قائل هذا القول أن الأصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الأصل حتي يأتي دليل من السماع الثابت ، إذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ، ولا اعتماد للطائفة الأولى إلا مراسيل ، وما روي عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن أبي عبد الرحمن كم في أربع من أصابعها ؟ قال عشرون ، قلت حين عَظُمَ جُرْحها واشتدت بَلِيَّتُها نقص عَقْلُها ، قال : أعراقي أنت ؟ قلت : بل عالم متثبت أو جاهل متعلم ، قال : هي السنة .

وروي أيضاً عن النبي عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة . وقد رأى قوم أن قول الصحابى إذا خالف القياس وجب العمل به ، لأنه يعلم أنه لم يترك القول به إلا عن توقيف ، لكن في هذا ضعف إذ كان يمكن أن يترك القول به إما لأنه لا يرى القياس ، وإما لأنه عارضه في ذلك قياس ثان أو قلد في ذلك غيره ، فهذه حال ديات جراح الأحرار والجنايات على أعضائها الذكور منها والإناث .

وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم ، فإن العلماء اختلفوا فيها على قولين : فمنهم من رأى أن في جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ، ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قدر ما في ذلك الجرح من ديته ، فيكون في موضحته نصف عشر قيمته ، وفي عينه نصف قيمته ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، وهو قول عمر وعلي ، وقال مالك : يعتبر في ذلك كله

= وأبو ثور ، والشافعي في ظاهر مذهبه ، واختاره ابن المنذر ، لأنها شخصان تختلف ديتهما ، فاختلف أرش أطرافهما ، كالمسلم ، والكافر .

ودليل القول الأول ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي . وهو نص يقدم على ما سواه . انظر (المغني ٧/٧٩٧) و (نيل الأوطار ٧/٧٦) و (القرطبي ٥/٣٢٥) .

ما نقص من ثمنه إلا موضحته ومنقلته ومأمومته ، ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من ديته [١] .

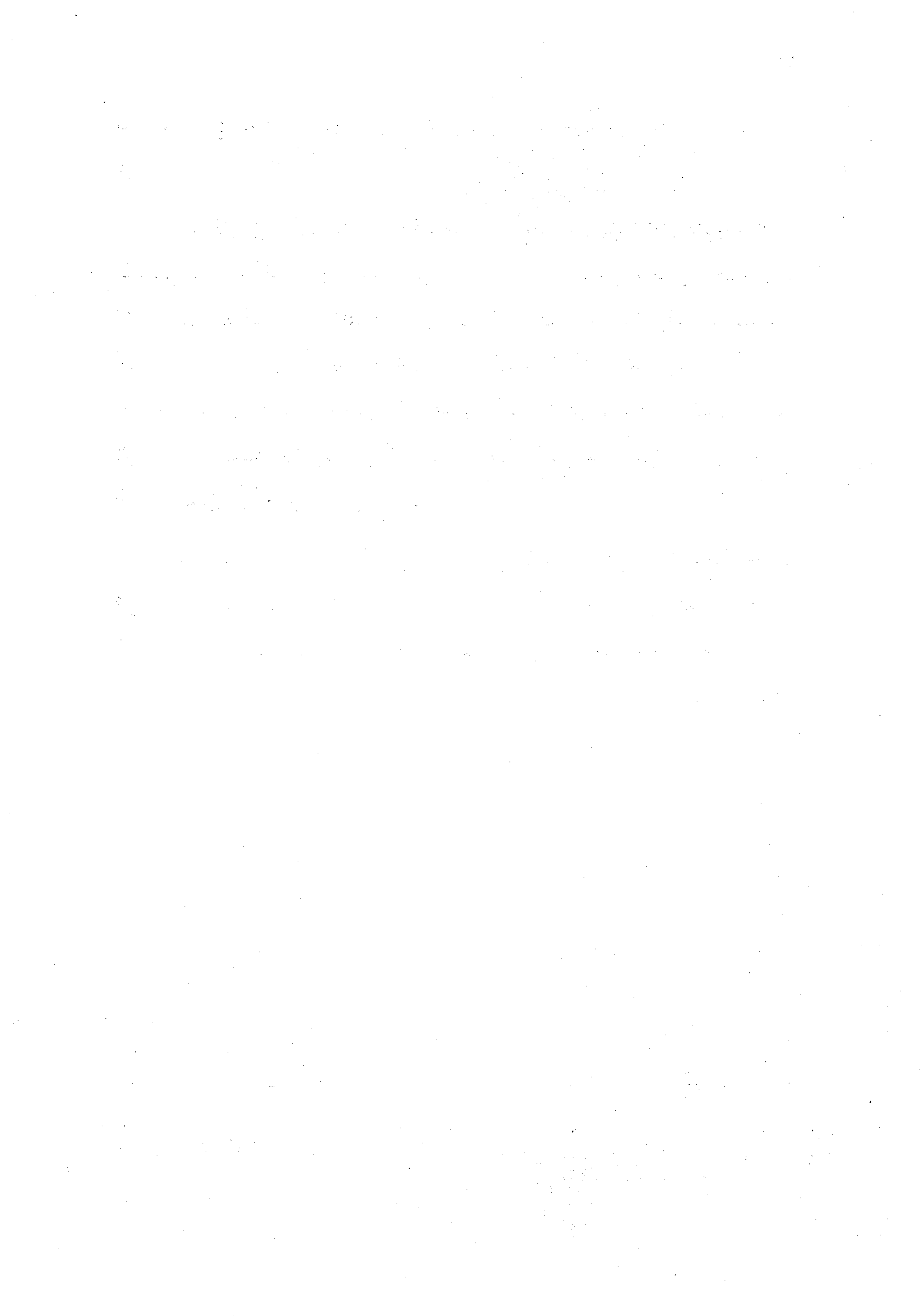
وعمدة الفريق الأول تشبيهه بالعروض . وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر إذ هو مسلم ومكلف . ولا خلاف بينهم أن دية الخطأ من هذه إذا جاوزت الثلث على العاقلة . واختلف فيما دون ذلك ، فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة : إن العاقلة لا تحمل من ذلك إلا الثلث فما زاد ، وقال أبو حنيفة : تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة ، قال الثوري وابن شبرمة : الموضحة فما زاد على العاقلة ، وقال الشافعي وعثمان البتي : تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ .

وعمدة الشافعي هي أن الأصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ، ولا عمدة للفريق المتقدم إلا أن ذلك معمول بل ومشهور . وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

* * *

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لأقوال العلماء في جراح العبيد ، وقطع أعضائهم (المصدر السابق ٨/٦٠) و (نيل الأوطار) .
ومذهب أحمد ، كمذهب الشافعي في هذه المسئلة . والله أعلم .



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب القَسَامَة *

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجري مجرى الأصول لفروع هذا الباب : **المسألة الأولى** : هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ؟ .

الثانية : إذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ؟ **المسألة الثالثة** : هل يبدأ بالأيمان فيها المدعون أو المدعى عليهم . وكم عدد الحالفين من الأولياء ؟ **المسألة الرابعة** : فيما يُعَدُّ لوثاً يجب به أن يبدأ المدعون بالأيمان .

المسألة الأولى : أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الأمصار : مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان ، وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الأمصار . وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن عُلَيَّة : لا يجوز الحكم بها . وعمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث « حُوَيِّصة ومُحَيِّصة »[1] وهو حديث

---

* القسامة : مصدر أقسم قسماً ، وقسامة . معناه : حلف حلفاً ، والمراد هنا : الأيمان المكررة في دعوى القتل .

(١) حديث « محيصة ، وحويصة » رواه الجماعة . انظر (نيل الأوطار) وانظر ما ذكره المؤلف (نيل الأوطار ٧/٤٠) و (سبل السلام ٣/٢٥٤) لمذاهب العلماء .

ونص الحديث عن سهل بن أبي حثمة قال : « انطلق عبد الله بن سهل ، ومحيصة بن مسعود إلى خيبر ، وهو يومئذ صلح ، فتفرقا ، فأتى محيصة إلى عبد الله بن سهل ، وهو يتشحَّطُ في دمه قتيلاً ، فدفنه ، ثم قدم المدينة ، فانطلق عبد الرحمن بن سهل ، ومحيِّصة ، وحوَيِّصة ابنا مسعود إلى النبي ﷺ ، فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال : كبر ، كبر ، وهو أحدث القوم ، فسكت ، فتكلما ، قال : أتحلفون ، وتستحقون قاتلكم ، أو صاحبكم ؟ فقالوا : وكيف نحلف ، ولم نشهد ، =

متفق على صحته من أهل الحديث ، إلا أنهم مختلفون في ألفاظه على ما سيأتي بعد .

وعمدة الفريق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لأصول الشرع المجمع على صحتها : فمنها أن الأصل في الشرع أن لا يحلف إلا على ما علم قَطْعاً أو شاهد حِسّاً ، وإذا كان ذلك كذلك ، فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل ؟ بل قد يكونون في بلد والقتل في بلد آخر ، ولذلك روى البخاري عن أبي قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوماً للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال : ما تقولون في القسامة ؟ فأضب القوم وقالوا : نقول إن القَسَامة القَوَدُ بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال : ما تقول ياأبا قلابة ؟ ونصبني للناس .. فقلت : ياأمير المؤمنين عندك أشراف العرب ورؤساء الأجناد ، أرأيت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه زنى بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه ؟ قال : لا . قلت : أفرأيت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بحمص ولم يروه أكنت تقطعه ؟ قال : لا .

وفي بعض الروايات : قلت : فما بالهم إذا شهدوا أنه قتله بأرض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم ؟ قال : فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة : إنهم إن أقاموا شاهدي عدل أن فلاناً قتله فأقده ، ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا . قالوا : ومنها أن من الأصول أن الأيمان ليس لها تأثير في إشاطة الدماء .

ومنها أن من الأصول « أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر »

= ولم نرَ ؟ قال : فتُبَرِّئكم يهود بخمسين يميناً ، فقالوا : كيف نأخذ أيمان قوم كفار ؟ فعقله النبي ﷺ من عنده » وفي رواية متفق عليها ، فقال رسول الله ﷺ : « يقسم خمسون منكم على رجل منهم ، فيدفع برُمته ، فقالوا : أمر لم نشهده ، كيف نحلف ؟ قال : فتبرئكم يهود بأيمان خمسين منهم ، قالوا : يارسول الله قوم كفار » وذكر الحديث بنحوه . انظر (منتقى الأخبار) .

ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الأحاديث أن رسول الله ﷺ حكم بالقسامة وإنما كانت حكماً جاهلياً فتلطف لهم رسول الله ﷺ ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على أصول الإسلام ، ولذلك قال لهم : أتحلفون خمسين يميناً - أعني لولاة الدم وهم الأنصار ؟ - قالوا : كيف نحلف ولم نشاهد ؟ قال : فيحلف لكم اليهود ، قالوا : كيف نقبل أيمان قوم كفار ؟ قالوا : فلو كانت السنة أن يحلفوا وإن لم يشهدوا لقال لهم رسول الله ﷺ هي السنة . قال : وإذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة . والتأويل يتطرق إليها فصرفها بالتأويل إلى الأصول أولى .

وأما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة ، وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء ، وذلك أن القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل إنما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظاً للدماء ، لكن هذه العلة تدخل عليه في قُطّاع الطريق والسُّرّاق ، وذلك أن السارق تعسر الشهادة عليه ، وكذلك قاطع الطريق ، فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للأصول ، وذلك أن المسلوبين مدعون على سلبهم . والله أعلم .

* * *

المسألة الثانية : اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها ، فقال مالك وأحمد : يستحق بها الدم في العمد ، والدية في الخطأ ، وقال الشافعي والثوري وجماعة : تستحق بها الدية فقط ، وقال بعض الكوفيين : لا يستحق بها إلا دفع الدعوى على الأصل في أن اليمين إنما تجب على المدعى عليه ، وقال بعضهم : بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية ، فعلى هذا إنما يستحق منها دفع

القود فقط ، فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة أقوال [(١)] .

فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (نيل الأوطار ٤٢/٨)
وانظر (شرح النووي لمسلم ١٥٦/٧) بهامش إرشاد الساري . قال النووي : قال القاضي : حديث القسامة أصل من أصول الشرع ، وقاعدة من قواعد الأحكام ، وركن من أركان مصالح العباد . وبه أخذ العلماء كافة من الصحابة ، والتابعين ، ومن بعدهم من علماء الأمصار الحجازيين ، والشاميين ، والكوفيين ، وغيرهم ، وإن اختلفوا في كيفية الأخذ به . وروي عن جماعة إبطال القسامة ، وأنه لا حكم لها ، ولا عمل بها ، ومنهم : سالم بن عبد الله ، وسليمان بن يسار ، والحكم ابن عتيبة ، وقتادة ، وأبو قلابة ، ومسلم بن خالد ، وابن عُلَيَّة ، والبخاري ، وغيرهم ، وعن عمر ابن عبد العزيز روايتان كالمذهبين .
واختلف القائلون بها فيما إذا كان القتل عمداً ، هل يجب القصاص بها ؟ فقال معظم الحجازيين : يجب ، وهو قول الزهري ، وربيعة ، وأبي الزناد ، ومالك ، وأصحابه ، والليث ، والأوزاعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبي ثور ، وداود ، وهو قول الشافعي في القديم . وقال الكوفيون ، والشافعي في أصح قوليه : لا يجب بها القصاص ، وإنما تجب الدية ، وهو مروي عن الحسن البصري ، والشعبي ، والنخعي ، وعثمان البتي ، والحسن بن صالح ، وروي أيضًا عن أبي بكر ، وعمر ، وابن عباس ، ومعاوية ، رضي الله عنهم .
واختلفوا فيمن يحلف في القسامة ، فقال مالك ، والشافعي ، والجمهور يحلف الورثة ، ويجب الحق بحلفهم خمسين يميناً ، واحتجوا بهذا الحديث الصحيح ، وفيه التصريح بالابتداء بيمين المدعي ، وهو ثابت من طرق كثيرة صحاح ، لا تندفع ، قال مالك : الذي أجمعت عليه الأئمة قديماً ، وحديثاً : أن المدعين يبدأون في القسامة ، ولأن جنبة المدعي صارت قوية باللوث .
قال القاضي : وضعف هؤلاء رواية من روى الابتداء بيمين المدعى عليهم . قال أهل الحديث : هذه الرواية وَهْم من الراوي ، لأنه أسقط الابتداء بيمين المدعي ، ولم يذكر رد اليمين ، ولأن من روى الابتداء بالمدعين ، معه زيادة ، ورواياتها صحاح من طرق كثيرة مشهورة ، فوجب العمل بها ، ولا تعارضها رواية من نسي ، وقال : كل من لم يوجب القصاص ، واقتصر على الدية ، يبدأ بيمين المدعى عليهم ، إلا الشافعي ، وأحمد ، فقالا بقول الجمهور أنه يبدأ بيمين المدعي ، فإن نكل ، ردت على المدعى عليه .
وأجمع العلماء على أنه لا يجب قصاص ، ولا دية بمجرد الدعوى حتى تقترن بها شبهة ، يغلب الظن بالحكم بها .
واللوث : هي البينة الضعيفة ، غير الكاملة .

ابن أبي حَثْمة وفيه : فقال لهم رسول الله ﷺ : « تحلفون وتستحقون دم صاحبكم » وكذلك ما رواه من مرسل بُشَيْر بن يسار وفيه : فقال لهم رسول الله ﷺ : « أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم ؟ » .

وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط ، فهو أن الأيمان يوجد لها تأثير في استحقاق الأموال أعني في الشرع مثل ما ثبت من الحكم في الأموال باليمين والشاهد ، ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقَلْبها على المدعي عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع أن حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك .

وقيل فيه أيضاً : إنه لم يسمع من سهل . وحديث بشير بن يسار قد اختلف في إسناده ، فأرسله مالك وأسنده غيره .

قال القاضي : يشبه أن تكون هذه العلة هي السبب في أن لم يخرج البخاري هذين الحديثين ، واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ، ولكن يستحق بها الدية . وأما الذين قالوا إنما يستحق بها دفع الدعوى فقط ، فعمدتهم أن الأصل هو أن الأيمان على المدعى عليه ، والأحاديث التي نذكرها فيما بعد إن شاء الله .

المسألة الثالثة : واختلف القائلون بالقسامة ، أعني الذين قالوا : إنها يستوجب بها مال أو دم فيمن يبدأ بالأيمان الخمسين على ما ورد في الآثار ، فقال الشافعي وأحمد وداود بن علي وغيرهم : يبدأ المدعون ، وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة : بل يبدأ المدعى عليهم بالأيمان . وعمدة من بدأ بالمدَّعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن حثمة ، ومرسله عن بشير بن يسار[١] .

---

(١) تقدم الكلام في هذا فيما ذكرناه من قول النووي .

وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم مـا خرجـه البخـاري عن سعيـد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلاً من الأنصار يقال له سهل بن حثمـة وفيه « فقال رسول الله ﷺ : تأتون بالبينة على من قتله » قالوا : مالنـا بينـة قال : فيحلفون لكم ، قالوا : مـانرضى بـأيمـان يهود ، وكره رسول الله ﷺ أن يبطل دمه ، فوداه بمائة بعير من إبل الصدقة » قال القاضي : وهذا نص في أنه لايستوجب بالأيمان الخمسين إلا دفع الدعوى فقط .

واحتجوا أيضاً بما خرجـه أبو داود أيضـاً عن أبي سلمـة بن أبي عبـد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الأنصار « أن رسول الله ﷺ قـال ليهود وبـدأ بهم : أيحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يمينـاً ؟ فـأبوا ، فقـال للأنصـار : احلفوا ، فقالوا : أنحلف على الغيب يارسول الله ؟ فجعلها رسول الله ﷺ دية على يهود » لأنه وُجِدَ بين أظهرهم ، وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليه وألزمهم الغرم مع ذلك ، وهو حديث صحيح الإسناد ، لأنه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة ، وروى الكوفيون ذلك عن عمر ، أعني أنه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية .

وخرج مثله أيضاً من تبدئة اليهود بالأيمـان عن رافع بن خـديج ، واحتج هؤلاء القوم على مالك بمـا روي عن ابن شهـاب الزهري عن سليمـان بن يسـار وعراك بن مـالـك أن عمر بن الخطـاب قـال للجهني الـذي ادعى دم وليـه على رجل من بني سعد وكان أجرى فرسه فوطىء على أصبع الجهني فتردى فيهـا فمـات ، فقال عمر للذي ادعى عليهم ، أتحلفون بالله خمسين يميناً ما مات منهـا ؟ فـأبوا أن يحلفـوا ، وتحرجـوا ، فقـال للمـدعين : احلفـوا ، فـأبـوا فقضى عليهم بشطر الدية .

قالوا : وأحاديثنا هذه أولى من التي روي فيها تبـدئـة المـدَّعين بـالأيمـان ،

لأن الأصل شاهد لأحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه . قال أبو عمر : والأحاديث المتعارضة في ذلك مشهورة .

* * *

المسألة الرابعة : وهي موجب القسامة عند القائلين بها : أجمع جمهور العلماء القائلون بها أنها لا تجب إلا بشبهة . واختلفوا في الشبهة ما هي ؟ فقال الشافعي : إذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله ﷺ بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم ، وبين أولئك القوم ، وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الأنصار واليهود ، وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ، ووجد فيها القتيل من الأنصار ، قال : وكذلك لو وجد في ناحية قتيل وإلى جانبه رجل مختضب بالدم ، وكذلك لو دخل على نفر في بيت فوجد بينهم قتيلاً وما أشبه هذه مما يغلب على ظن الحكام أن المدعي مُحِقٌّ لقيام تلك الشبهة . وقال مالك بنحو من هذا ، أعني أن القسامة لا تجب إلا بلوثٍ والشاهد الواحد عنده إذا كان عدلاً لَوْثٌ باتفاق عند أصحابه ، واختلفوا إذا لم يكن عدلاً .

وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل مشحطًا بدمه وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة ، إلا أن مالكاً يرى أن وجود القتيل في المحلة ليس لوثاً ، وإن كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وأهل المحلة ، وإذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شيء يجب أن يكون أصلاً لاشتراط اللوث في وجوبها ، ولذلك لم يقل بها قوم ، وقال أبو حنيفة وصاحباه : إذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة .

ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ، ودون وجود الأثر بالقتيل الذي اشترطه أبو

حنيفة ، وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود ، وقال به الزهري وجماعة من التابعين ، وهو مذهب ابن حزم قال : القسامة تجب متى وجد قتيل يُعْرف من قتله أينما وجد ، فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلاً خمسين يميناً ، فإن هم حلفوا على العمد فالقود وإن حلفوا على الخطأ فالدية ، وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلاً ، وعند مالك رجلان فصاعداً من أولئك وقال داود : لا أقضي بالقسامة إلا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله ﷺ .

وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الأمصار القائلين بالقسامة ، فجعلا قول المقتول فلان قتلني لوثاً يوجب القسامة ، وكلٌّ قال بما غلب على ظنه أنه شبهة يوجب القسامة ، ولمكان الشبهة رأى تبدئة المدعين بالأيمان من رأى ذلك منهم ، فإن الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعي ، إذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه ، إنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه ، وكأنه شبه ذلك باليمين مع الشاهد في الأموال .

وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام : « لو يعطى الناس بدعاويهم لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس ، وخرجه مسلم في صحيحه ، وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بني إسرائيل فضعيف ، لأن التصديق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة [١] .

واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحد ؟ فقال مالك : لا تكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل ، وقال أشهب : يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد بعينه الأولياء ، وهو ضعيف .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف من أقوال العلماء (المصدر السابق ص١٥٧) .

وقال المغيرة المخزومي :.كل من أقسم عليه قتل ، وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنساناً ضرب آخر وبقي المضروب أياماً بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب أنه مات من ذلك الضرب وقِيدَ به ، وهذا كله ضعيف [١] .

واختلفوا في القسامة في العبد ، فبعضٌ أثبتها ، وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر ، وبعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة ، وبها قال مالك [٢] والدية عندهم فيها في مال القاتل ، ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلاً خمسين يميناً عند مالك ، ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ويحلف الواحد في الخطأ ، وإن نكل عنده أحد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينكل ، أعني حظه منها .

وقال الزهري : إن نكل منهم أحد بطلت الدية في حق الجميع ، وفروع هذا الباب كثيرة . قال القاضي : والقول في القسامة هو داخل فيا تثبت به الدماء ، وهو في الحقيقة جزء من كتاب الأقضية ، ولكن ذكرناه هنا على عادتهم ، وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى أن يذكر في ذلك الجنس .

وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الأقضية ، وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعاً كما فعل مالك في الموطأ ، فإنه ساق فيه الأقضية من كل كتاب .

* * *

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لأقوال العلماء في أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد . (المغني ٨٨/٨) .

(٢) وممن أثبت القسامة في العبد الشافعي ، وأحمد ، وأبو حنيفة . وممن منعها مالك ، والأوزاعي . انظر (المصدر السابق ص٨٦) وبالقول الأول نقول .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب في أحكام الزنا

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا ، وفي أصناف الزُّناة ، وفي العقوبات لكل صنف منهم ، وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

الباب الأول

في حد الزنا

فأما الزنا فهو كل وطء ، وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين ، وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام ، وإن كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة ، وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها ، فمنها الأمة يقع عليها الرجل وله فيها شرك ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد وإن ولدت ألحق الولد به وقُوِّمَتْ عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم : يُعَزَّرُ ، وقال أبو ثور : عليه الحد كاملاً إذا علم الحرمة ، وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام : « ادرءوا الحدود بالشبهات »[1] والذين

---

(١) حديث « ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج ، فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطئ في العفو ، خير من أن يخطئ في العقوبة » رواه بهذا اللفظ الترمذي ، والحاكم ، والبيهقي من طريق الزهري عن عروة عن عائشة .
قال الحافظ : وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي ، وهو ضعيف . قال فيه البخاري : منكر الحديث ، وقال النسائي : متروك الحديث .
ورواه وكيع عنه موقوفاً ، وهو أصح . قاله الترمذي ، قال : وقد روي عن غير واحد من الصحابة : أنهم قالوا ذلك . وقال البيهقي في السنن : رواية وكيع أقرب إلى الصواب . قال : ورواه رشدين عن عقيل عن الزهري ، ورشدين ضعيف أيضاً ، ورويناه عن علي مرفوعاً : « ادرءوا الحدود ، ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود » وفيه المختار بن نافع ، وهو منكر الحديث قاله البخاري ، وقال :وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله =

درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم .

وسبب الخلاف : هل ذلك الذي يغلب منها حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك ؟ فإن حكم ما ملك الحِلِّيَّة ، وحكم ما لم يملك الحرمية .

ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم : عليه الحد ، ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه [1] والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد ، والله أعلم .

ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه ، فقال مالك : يدرأ عنه الحد ، وقال غيره : يُعَزَّرُ ، وقال بعض الناس : بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج .

ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته ، فقال الجمهور : لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه « أنت ومالك لأبيك » ولقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقاد الوالد بالولد » ولإجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ، ولذلك قالوا : تقوم عليه حملت أم لم تحمل لأنها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها .

= ابن مسعود قال : « ادرءوا الحدود بالشبهات ، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم » ، وروي عن عقبة بن عامر ، ومعاذ أيضاً موقوفاً ، وروي منقطعاً ، وموقوفاً على عمر . قال الحافظ : ورواه أبو محمد بن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح .

وفي ابن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي عن عمر « لأن أخطئ في الحدود بالشبهات ، أحب إليَّ من أن أقيمها بالشبهات » وفي مسند أبي حنيفة للحارثي من طريق مقسم عن ابن عباس بلفظ « ادرءوا الحدود بالشبهات » مرفوعاً (التلخيص ٥٦/٤) وانظر (نيل الأوطار ١١٨/٧) .

ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه ، وبين غيره ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأحمد ، وأبو حنيفة . وقال أبو ثور : يجب . انظر (المغني ١٨٤/٨) .

(١) لأن فيه شبهة ، وهي أن الجارية من المغنم فيها نصيب لكل المجاهدين .

ومن الحجة لهم أيضاً إجماعهم على أن الأب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه ، وكذلك كل من كان الابن له ولياً .

ومنها الرجل يطأ جارية زوجته . اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال ، فقال مالك والجمهور : عليه الحد كاملاً ، وقالت طائفة : ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته إن كانت طاوعته ، وإن كانت استكرهها قومت عليه وهي حرة ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهو قول ابن مسعود . والأول قول عمر ، ورواه مالك في الموطأ عنه . وقال قوم : عليه مائة جلدة فقط سواء أكان محصناً أو ثيباً ، وقال قوم : عليه التعزير(١) .

فعمدة من أوجب عليه الحد أنه وطىء دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد . وعمدة من درأ الحد ما ثبت أن رسول الله عليه الصلاة

---

(١) مذهب أحمد إذا وطىء جارية غيره ، سواء كان بإذنه ، أم بغير إذنه فهو زان ، وعليه الحد ، إلا في موضعين : الأب إذا وطئ جارية ولده . الموضع الثاني : إذا وطئ جارية امرأته بإذنها ، فإنه يجلد ، ولا يرجم .
وحكي عن النخعي أنه يعزر ، وعن عمر ، وعلي ، وعطاء ، وقتادة ، والشافعي ، ومالك : أنه كوطء الأجنبية ، سواء أحلتها ، أم لم تحلها .
وعن ابن مسعود ، والحسن ، إن كان استكرهها ، فعليه غرم مثلها ، وتعتق ، فإن طاوعته ، فعليه غرم مثلها ، ويملكها ، لأن هذا يروى عن النبي ﷺ ، وقد رواه ابن عبد البر ، وقال : هذا حديث حسن صحيح انظر . (المغني) و (نيل الأوطار) .
أما حديث « أنت ومالك لأبيك » فرواه أحمد ، وأبو داود ، وابن خزيمة ، وابن الجارود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . انظر (التلخيص) ورواه ابن ماجة في سننه . قال الشوكاني : قال ابن القطان : إسناده صحيح . وقال المنذري : رجاله ثقات . وقال في الزوائد : إسناده صحيح . انظر (نيل الأوطار) .
أما حديث « لا يقاد الوالد بالولد » فأخرجه الترمذي ، وقال : هذا حديث لا نعرفه بهذا الإسناد مرفوعاً إلا من حديث إسماعيل بن مسلم ، وإسماعيل بن مسلم المكي قد تكلم فيه بعض أهل العلم من قِبَلِ حفظه .
انظر (أبو داود)
وأخرج الحديثين السابقين البيهقي كذلك .

والسلام قضى في رجل وطء جارية امرأته أنه إن كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدتها ، وإن كانت طاوعته فهي له ، وعليه لسيدتها مثلها »[١] وأيضاً فإن له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « تنكح المرأة .... فذكر مالها »[٢] ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى أن المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث ، أو في الثلث فما فوقه ، وهو مذهب مالك .

ومنها ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطىء المستأجرة ، والجمهور على خلاف ذلك[٣] وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه ، وكأنه رأى أن هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها ، فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة . ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضاً وبالجملة فالأنكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب ، وأكثرها عند مالك تدرأ الحد إلا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الأم وما أشبه ذلك ، مما لا يعذر فيه بالجهل .

* * *

(١) حديث « أنه قضى في رجل وطىء جارية امرأته .. » رواه أبوا داود ، والنسائي . قال النسائي : لا تصح هذه الأحاديث . وقال البيهقي : قبيصة بن حريث غير معروف ، وقال الخطابي : هذا حديث منكر .

(٢) « تنكح المرأة .. » تقدم تخريجه .

(٣) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء في هذه المسألة (المغني ٢١١/٨)

أي أن من استأجر امرأة للعمل عنده ، فزنى بها ، فعند الجمهور ، يقام عليه الحد . وهو قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : لا يقام عليه ويعتبر أن فيه شبهة ، لأن ملكه لمنفعتها فيه شبهة .

ومثل ذلك عند الجمهور من زنى بامرأة ، ثم تزوجها ، أو اشتراها فإنه يقام عليه كذلك .

الباب الثاني

في أصناف الزناة وعقوباتهم

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف : محصنون ثيب وأبكار وأحرار وعبيد وذكور وإناث . والحدود الإسلامية ثلاثة : رجم ، وجلد ، وتغريب . فأما الثيب الأحرار المحصنون ، فإن المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم إلا فرقة من أهل الأهواء فإنهم رأوا أن حد كل زان الجلد ، وإنما صار الجمهور للرجم لثبوت أحاديث الرجم ، فخصصوا الكتاب بالسنة أعني قوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي ﴾[1] الآية . واختلفوا في موضعين : أحدهما : هل يجلدون مع الرجم أم لا ؟ والموضع الثاني في شروط الإحصان .

أما المسألة الأولى : فإن العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم أم لا ؟ فقال الجمهور : لا جلد على من وجب عليه الرجم ، وقال الحسن البصري وإسحاق وأحمد وداود : الزاني المحصن يجلد ثم يرجم[2] عمدة الجمهور : أن رسول الله ﷺ رجم ماعزاً ، ورجم امرأة من جهينة ، ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد[3] ، كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يرووا

---

(١) النور آية ٢ .

(٢) ممن قال إن المحصن يجلد أولاً ، ثم يرجم : ابن عباس ، وأُبيّ بن كعب ، وأبو ذر ذكر ذلك عمر ابن عبد العزيز عنهما واختاره ، وبه قال الحسن ، وإسحق ، وداود ، وابن المنذر ، ورواية عن أحمد . والرواية الثانية عنه : يرجم ، ولا يجلد . روي ذلك عن عمر ، وعثمان أنهما رجما ، ولم يجلدا . وروي عن ابن مسعود أنه قال : إذا اجتمع حدان لله تعالى فيهما القتل ، أحاط القتل بذلك . وبهذا قال النخعي ، والزهري ، والأوزاعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، واختار هذا أبو إسحق الجوزجاني ، وأبو بكر الأثرم ، ونصراه في سننيهما . انظر (المغني ١٦٠/٨) .

(٣) قصة ماعز متفق عليها ، وقد رواها جماعة من الصحابة ، واتفق عليه الشيخان من حديث أبي هريرة ، وابن عباس ، وجابر دون تسمية صاحب القصة . انظر (نيل الأوطار ١٠٨/٧) .
وحديث إقامة الحد على الجهنية رواه الجماعة إلا البخاري . انظر (منتقى الأخبار)

أنه جلد واحداً منهم ، ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر ، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم .

وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى : ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ** ﴾ [١] فلم يخص محصن من غير محصن .

واحتجوا أيضاً بحديث علي رضي الله عنه ، خرجه مسلم وغيره أن علياً رضي الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال : جلدتها بكتاب الله ، ورجمتها بسنة رسوله [٢] .

وحديث عبادة بن الصامت ، وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : « خذوا عني .. قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب جلد مائة والرجم بالحجارة » [٣] وأما الإحصان فإنهم اتفقوا على أنه من شرط الرجم .

واختلفوا في شروطه فقال مالك : البلوغ والإسلام والحرية والوطء في عقد صحيح ، وحالة جائز فيها الوطء ، والوطء المحظور عنده هو الوطء في الحيض أو في الصيام ، فإذا زنى بعد الوطء الذي بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ، ووافق أبو حنيفة مالكاً في هذه الشروط إلا في الوطء المحظور ، واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين ، أعني أن يكون الزاني والزانية حرين . ولم يشترط الشافعي الإسلام .

= وحديث رجم اليهوديَّيْن متفق عليه . انظر (المصدر السابق)
وحديث الغامدية من الأزد رواه مسلم ، والدارقطني . انظر (المصدر السابق) .

(١) النور آية ٢ .

(٢) قصة علي مع شراحة . رواها أحمد ، والنسائي ، والحاكم من حديث الشعبي عن علي ، وأصله في صحيح البخاري ، ولم يسمها . انظر (التلخيص) ولم يذكر الحافظ أنه خرجه مسلم .

(٣) حديث « خذوا عني خذوا عني .. » رواه مسلم . انظر (التلخيص) .

وعمدة الشافعي ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ، وهو حديث متفق عليه « أن النبي ﷺ رجم اليهودية واليهودي اللذين زنيا » إذ رفع إليه أمرهما اليهود ، وأنه تعالى يقول : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ﴾ (١) .

وعمدة مالك من طريق المعنى أن الإحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الإسلام ، وهذا مبناه على أن الوطء في نكاح صحيح هو مندوب إليه ، فهذا هو حكم الثيب .

وأما الأبكار فإن المسلمين أجمعوا على أن حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى : ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ واختلفوا في التغريب مع الجلد ، فقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تغريب أصلاً ، وقال الشافعي : لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرًا كان أو أنثى ، حراً كان أو عبداً ، وقال مالك : يغرب الرجل ولا تغرب المرأة ، وبه قال الأوزاعي ، ولا تغريب عند مالك على العبيد (٢) .

فعمدة من أوجب التغريب على الإطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وكذلك ما خرَّج أهل الصحاح عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا : إن رجلاً من الأعراب أتى النبي عليه الصلاة والسلام قال : يارسول الله .. أنشدك الله إلا

---

(١) المائدة آية ٤٢ .

ومذهب أحمد كمذهب الشافعي في أنه يقام الحد على الكافر . انظر (نيل الأوطار ١٠٥/٧) .

(٢) روي التغريب عن الخلفاء الأربعة ، وزيد بن علي ، والصادق ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق .

وحكي عن القاسمية ، وأبي حنيفة ، وحماد : أن التغريب ، والحبس غير واجبين .

قال الشوكاني : والحاصل إن أحاديث التغريب قد جاوزت حد الشهرة المعتبرة عند الحنفية فيما ورد من السنة زائداً على القرآن ، فليس لهم معذرة عنها بذلك . انظر (النيل ١٠٠/٧) .

قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو أفقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي أن أتكلم ، فقال له النبي ﷺ : قل ، قال : إن ابني كان عَسِيفاً على هذا فزنى بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : « والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ... أما الوليدة والغنم فردٌّ عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد ياأنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها »[1] فغدا عليها أنيس فاعترفت ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بها فرجمت .

ومن خصص المرأة من هذا العموم فإنما خصصه بالقياس ، لأنه رأى أن المرأة تعرض بالغربة لأكثر من الزنا ، وهذا من القياس المرسل ، أعني المصلحي الذي كثيراً ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبني على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب بأخبار الآحاد .

ورووا عن عمر وغيره أنه حد ولم يغرب ، وروى الكوفيون عن أبي بكر وعمر أنهم غربوا .

وأما حكم العبيد في هذه الفاحشة ، فإن العبيد صنفان : ذكور وإناث ، أما الإناث فإن العلماء أجمعوا على أن الأمة إذا تزوجت وزنت أن حدها خمسون جلدة لقوله تعالى : ﴿ **فإذا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ** ﴾[2] واختلفوا إذا لم تتزوج ، فقال جمهور

---

(١) حديث العسيف رواه الجماعة . قال مالك : العسيف : الأجير .
انظر (منتقى الأخبار) .

(٢) النساء آية ٢٥ .

فقهاء الأمصار : حدها خمسون جلدة ، وقالت طائفة : لا حد عليها ، وإنما عليها تعزير فقط ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب . وقال قوم : لا حد على الأمة أصلاً .

والسبب في اختلافهم الاشتراك الذي في اسم الإحصان في قوله تعالى : ﴿ فإذا أُحْصِنّ ﴾ فمن فهم من الإحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال : لا تجلد الغير المتزوجة ، ومن فهم من الإحصان الإسلام جعله عاماً في المتزوجة وغيرها . واحتج من لم ير على غير المتزوجة حدّاً بحديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن ، فقال « إن زنت فاجلدوها .. ثم إن زنت فاجلدوها .. ثم بيعوها ولو بضفير » .

وأما الذكر من العبيد ، ففقهاء الأمصار على أن حد العبد نصف حد الحر قياساً على الأمة ، وقال أهل الظاهر : بل حده مائة جلدة مصيراً إلى عموم قوله تعالى : ﴿ فاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [1] ولم يخصص حرّاً من عبد ، ومن الناس من درأ الحد عنه قياساً على الأمة وهو شاذ . وروي عن ابن عباس [2] .

---

(١) النور آية ٢ .

(٢) حد العبد ، والأمة خمسون جلدة بكرين كانا ، أو ثيبين عند أكثر الفقهاء : منهم عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، والحسن ، والنخعي ، ومالك والأوزاعي ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد ، والبتي ، والعنبري .

وقال ابن عباس ، وطاوس وأبو عبيد : إن كانا مزوجين ، فعليهما نصف الحد ، ولا حد على غيرهما .

وقال داود : على الأمة نصف الحد ، إذا زنت بعد ما زوجت ، وعلى العبد جلد مائة بكل حال ، وفي الأمة ، إذا لم تزوج روايتان . وقال أبو ثور : إذا لم يحصنا بالتزوج ، فعليهما نصف الحد ، وإن أحصنا ، فعليهما الرجم . انظر (المغني) .

فهذا هو القول في أصناف الحدود وأصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد في واحد واحد منهم ، ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود ، وفي وقتها .

فأما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الحفر للمرجوم ، فقالت طائفة : يحفر له ، وروي ذلك عن علي في شراحة الهمدانية حين أمر برجمها ، وبه قال أبو ثور ، وفيه « فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها ، فقال : ليس هكذا الرجم إني أخاف أن يصيب بعضكم بعضاً ، ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ، ثم قال : الرجم رجمان : رجم سر ورجم علانية ، فما كان منه فإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس ، وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الإمام ثم الناس » . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يحفر للمرجوم ، وخيَّر في ذلك الشافعي ، وقيل عنه : يحفر للمرأة فقط .

وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر ، قال جابر : فرجمناه بالمصلى ، فلما آذته الحجارة فر ، فأدركناه بالحرة فرضخناه . وقد روى مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفرة .

وبالجملة فالأحاديث في ذلك مختلفة . قال أحمد : أكثر الأحاديث على أن لا حفر ، وقال مالك : يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يضرب سائر الأعضاء ويتقي الفرج والوجه ، وزاد أبو حنيفة الرأس ، ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها ، وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا القذف على ما سيأتي بعد ، ويضرب عند الجمهور قاعداً ولا يقام قائماً خلافاً لمن قال : إنه يقام لظاهر الآية ، ويستحب عند الجميع أن يحضر الإمام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى :

﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ (١) .

واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة ، فقال مالك : أربعة ، وقيل : ثلاثة ، وقيل : اثنان ، وقيل : سبعة ، وقيل : ما فوقها . وأما الوقت ، فإن الجمهور على أنه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ، ولا يقام على المريض ، وقال قوم : يقام ، وبه قال أحمد وإسحاق ، واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض .

وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد ، وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود ، فمن نظر إلى الأمر بإقامة الحدود مطلقاً من غير استثناء قال : يحد المريض ، ومن نظر إلى المفهوم من الحد قال : لا يُحَدُّ حتى يبرأ ، وكذلك الأمر في شدة الحر والبرد .

* * *

---

(١) النور : ٢ .



الباب الثالث

وهو معرفة ما تثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على أن الزنا يثبت بالإقرار وبالشهادة . واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المزوجات إذا ادعين الاستكراه . وكذلك اختلفوا في شروط الإقرار وشروط الشهادة .

فأما الإقرار فإنهم اختلفوا فيه في موضعين : **أحدهما** : عدد مرات الإقرار الذي يلزم به الحد . **والموضع الثاني** : هل من شرطه أن لا يرجع عن الإقرار حتى يقام عليه الحد ؟ أما عدد الإقرار الذي يجب به الحد ، فإن مالكاً والشافعي يقولان : يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة ، وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى : لا يجب الحد إلا بأقارير أربعة مرة بعد مرة ، وبه قال أحمد وإسحاق وزاد أبو حنيفة وأصحابه : في مجالس متفرقة [١] .

وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام : « اغد ياأنيس على امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها ، فاعترفت فرجمها » ولم يذكر عدداً ، وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام : « أنه رد ماعزاً حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه » وفي غيره من الأحاديث قالوا : وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثاً تقصير ، ومن قَصَّرَ فليس بحجة على من حفظ .

* * *

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (المغني ١٩٢/٨) .

وأما المسألة الثانية : وهي من اعترف بالزنا ثم رجع ، فقال جمهور العلماء : يقبل رجوعه ، إلا ابن أبي ليلى وعثمان البتي ، وفَصَّلَ مالك فقال : إن رجع إلى شبهة قُبِلَ رجوعه . وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان : **إحداهما** : يقبل وهي الرواية المشهورة . **والثانية** : لا يقبل رجوعه ، وإنما صار الجمهور إلى تأثير الرجوع في الإقرار لما ثبت من تقريره ﷺ ماعزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع . ولذلك لا يجب على من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادي على الإقرار شرطاً من شروط الحد .

وقد روي من طريق « أن ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه ، فقال لهم : ردوني إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال : هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه » ومن هنا تعلق الشافعي بأن التوبة تسقط الحدود ، والجمهور على خلافه ، وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً في وجوب الحد [1] .

وأما ثبوت الزنا بالشهود فإن العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وأن العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى : ﴿ **ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء** ﴾ [2] وأن من صفتهم أن يكونوا عدولاً ، وأن من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها ، وأنها تكون بالتصريح لا بالكناية ، وجمهورهم على أن من شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا في زمان ولا في مكان ، إلا ما حكي عن أبي حنيفة من مسألة الزوايا المشهورة ، وهو أن يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن من البيت يطؤها غير

(١) الشرط أن لا يرجع عن إقراره حتي يتم الحد عليه ، فإن رجع في أثناء ذلك ، أو هرب ، كف عنه . وبهذا قال عطاء ، ويحي بن يعمر ، والزهري ، وحماد ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف .

وقال الحسن ، وسعيد بن جبير ، وابن أبي ليلى : يقام عليه ، ولا يترك . انظر (المغني ١٩٧/٨) .

(٢) النور آية ٤ .

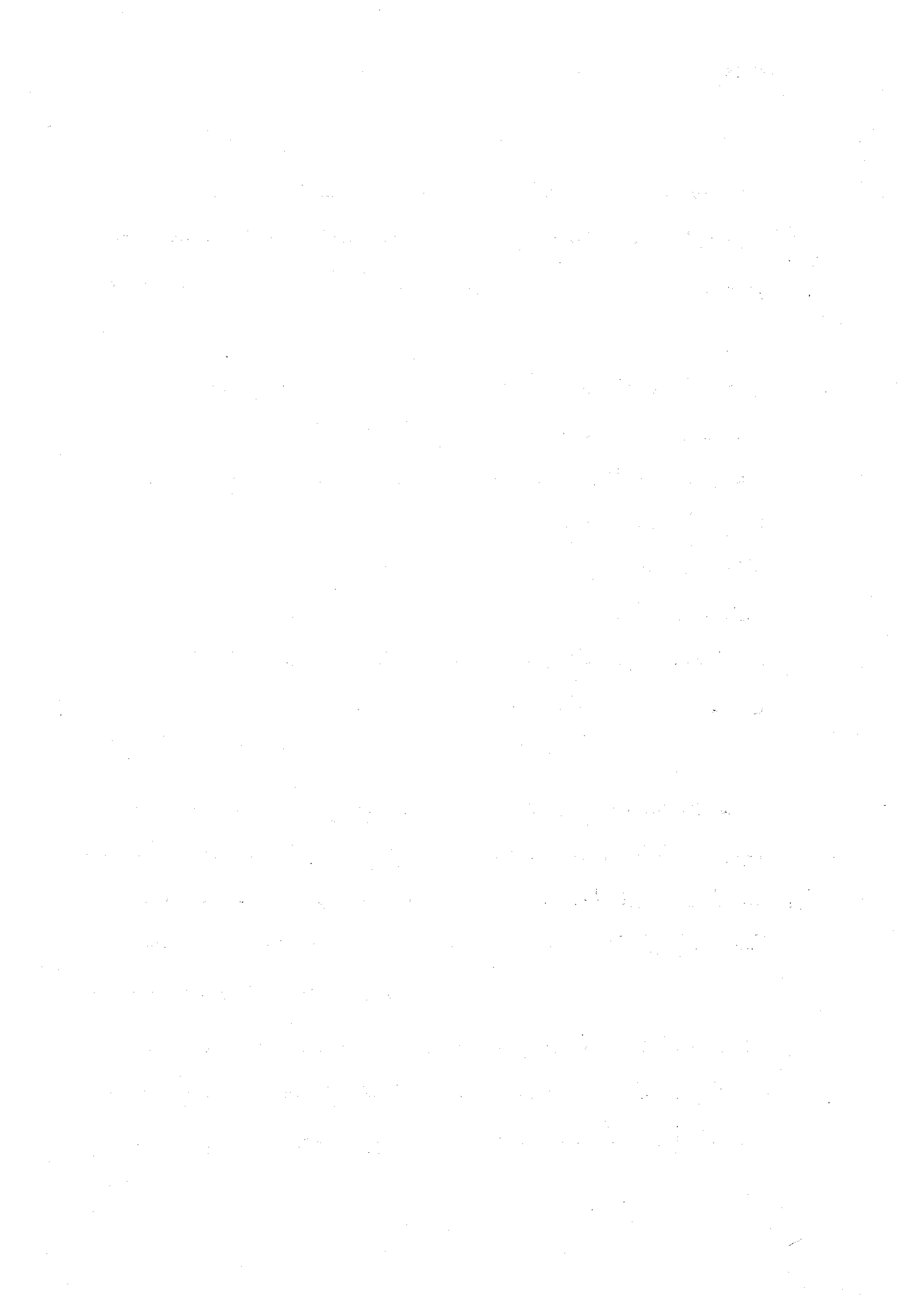
الركن الذي رآه فيه الآخر .

وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان ؟ فإنهم أجمعوا على أنها لا تلفق ، والمكان أشبه بالزمان . والظاهر من الشرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود .

وأما اختلافهم في إقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه ، فإن طائفة أوجبت الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر ، وبه قال مالك ، إلا أن تكون جاءت بأمارة على استكراهها ، مثل أن تكون بكراً فتأتي وهي تدمى ، أو تفضح نفسها بأثر الاستكراه ، وكذلك عنده الأمر إذا ادعت الزوجية إلا أن تقيم البينة على ذلك ، ما عدا الطارئة ، فإن ابن القاسم قال : إذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قُبِلَ قولُها ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لايقام عليها الحد بظور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية ، وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمارة ، ولا في دعوى الزوجية ببينة لأنها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه .

ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة أن علياً رضي الله عنه قال لها : استُكْرِهْتِ ؟ قالت : لا قال : فلعل رجلاً أتاك في نومك . قالوا : وروى الأثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وأن رجلاً طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد . ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لا حد عليها ، وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها .

وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟ فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية ، ومن قال إنه نحلة خص الله به الأزواج لم يوجبه .. وهذا الأصل كاف في هذا الكتاب ، والله الموفق للصواب .



بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب القَذْف

والنظر في هذا الكتاب : في القذف ، والقاذف ، والمقذوف ، وفي العقوبة الواجبة فيه ، وبماذا تثبت ، والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ** ﴾ [1] الآية .

فأما القاذف فإنهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين : وهما البلوغ والعقل ، وسواء أكان ذكراً أو أنثى ، حرّاً أو عبداً ، مسلماً أو غير مسلم .

وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه أن يجتمع فيه خمسة أوصاف : البلوغ والحرية والعفاف والإسلام ، وأن يكون معه آلة الزنا ، فإن انخرم من هذه الأوصاف وصف لم يجب الحد ، والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ، ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ، ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء .

وأما القذف الذي يجب به الحد ، فاتفقوا على وجهين : **أحدهما** : أن يرمي القاذف المقذوف بالزنا ، **والثاني** : أن ينفيه عن نسبه إذا كانت أمه حرة مسلمة ، واختلفوا إن كانت كافرة أو أمة ، فقال مالك : سواء أكانت حرة أو أمة مسلمة أو كافرة يجب الحد . وقال إبراهيم النخعي : لا حد عليه إذا كانت أم المقذوف أمة أو كتابية ، وهو قياس قول الشافعي وأبي حنيفة [2] .

واتفقوا أن القذف إذا كان بهذين المعنيين أنه إذا كان بلفظ صريح وجب

---

(١) النور آية ٤ .

(٢) انظر هذه الشروط التي ذكرها المؤلف (المغني ٢١٦/٨) و (القرطبي ١٧٣/١٢) .

الحد ، واختلفوا إن كان بتعريض ، فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : لا حد في التعريض ، إلا أن أبا حنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ، وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود ، وقال مالك وأصحابه : في التعريض الحد ، وهي مسألة وقعت في زمان عمر ، فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه . فرأى عمر فيها الحد [١] .

وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال الصريح وإن كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه أعني مقولاً بالاستعارة .

وعمدة الجمهور أن الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات ، والحق أن الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص ، وقد تضعف في مواضع ، وذلك أنه إذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندرئ به الحد عن القاذف أن يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود بإجماع الشهود عند مالك إذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة .

وإنما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الأصل .

والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الأصل أم يكفي في ذلك الاثنان على الأصل المعتبر فيما سوى القذف إذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قِبَلِ العدد . وأما الحد فالنظر فيه في جنسه

---

(١) ممن قال أن ليس في التعريض حد : عطاء ، وعمرو بن دينار ،. وقتادة ، والثوري ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة ، وابن المنذر ، ورواية حنبل عن أحمد .

وروى الأثرم ، وغيره عن أحمد أن عليه الحد . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه ، وبه قال إسحق ، لأن عمر حين شاورهم في الذي قال لصاحبه : ما أنا بزان ، ولا أمي بزانية ، فقالوا : قد مدح أباه ، وأمه ، فقال عمر : قد عرض بصاحبه ، فجلده الحد . وقال معمر : إن عمر كان يجلد الحد في التعريض .

ومن ألفاظ التعريض كأن يقول لمن يخاصمه : ما أنت بزان ، ما يعرفك الناس بالزنا ، ياحلال ابن الحلال ، ما أنا بزان ، ولا أمي بزانية .. انظر (المغني ٨/٢٢٢) و (القرطبي ١٢/١٧٣) .

وتوقيته ومسقطه : أما جنسه ، فإنهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى : ﴿ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ [(١)] .

واختلفوا في العبد يقذف الحر : كم حده ؟ فقال الجمهور من فقهاء الأمصار : حده نصف حد الحر ، وذلك أربعون جلدة ، وروي ذلك عن الخلفاء الأربعة ، وعن ابن عباس ، وقالت طائفة : حده حد الحر ، وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الأمصار وأبو ثور والأوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر [(٢)] فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا .

وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ، ولما أجمعوا أيضاً أن حد الكتابي ثمانون ، فكان العبد أحرى بذلك .

وأما التوقيت فإنهم اتفقوا على أنه إذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة ، فعليه حد واحد منها ، وأنه إن قَذَفَ فَحُدَّ ثم قذفه ثانية حُدَّ حداً ثانياً واختلفوا إذا قذف جماعة ، فقالت طائفة : ليس عليه إلا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة . وقال قوم : بل عليه لكل واحد حد ، وبه قال الشافعي والليث وجماعة [(٣)] حتى روي عن الحسن بن حي أنه قال : إن قال إنسان : من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها ، وقالت طائفة : إن جمعهم في كلمة واحدة مثل أن يقول لهم يازناة فحد واحد ، وإن قال لكل واحد منهم يازاني فعليه

---

(١) النور آية ٤ .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لأقوال العلماء (القرطبي ١٧٤/١٢) ونرى أن قول أهل الظاهر أقرب للصواب . والله أعلم .

(٣) انظر ما قاله المؤلف لمذاهب العلماء (المغني ٢٣٣/٨) إلا أن أحمد عنه روايتان ، والشافعي له قولان .

لكل إنسان منهم حد .

فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة إلا حدّاً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء ، فرفع ذلك إلى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك ، وذلك إجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل . وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم أنه حق للآدميين ، وأنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد .

وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس ، فلأنه رأى أنه واجب أن يتعدد الحد بتعدد القذف ، لأنه إذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب أن يتعدد الحد .

وأما سقوطه فإنهم اختلفوا في سقوطه بعفو المقذوف [١] ، فقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي : لا يصح العفو : أي لا يسقط الحد ، وقال الشافعي : يصح العفو أي يسقط الحد بلغ الإمام أو لم يبلغ ، وقال قوم : إن بلغ الإمام لم يجز العفو ، وإن لم يبلغه جاز العفو .

واختلف قول مالك في ذلك ، فمرة قال بقول الشافعي ، ومرة قال : يجوز إذا لم يبلغ الإمام ، وإن بلغ لم يجز إلا أن يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه ، وهو المشهور عنه [٢] .

والسبب في اختلافهم هل هو حق لله ، أو حق للآدميين ، أو حق لكليهما ؟ فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ، ومن قال حق للآدميين أجاز

(١) في نسخة « دار الفكر » (القاذف) والصواب ما أثبتناه .

(٢) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (المحلى ٢٨٦/١٣) ومذهب أحمد كمذهب الشافعي : أن العفو جائز قبل بلوغ الأمر إلى الإمام ، وبعد بلوغه إليه .

ومن قال : لا يجوز العفو عنه إذا بلغ الأمر الإمام . عمر بن الخطاب . وبه قال الزهري ، وابن جريج .

العفو ، ومن قال لكليهما وغلب حق الإمام إذا وصل إليه قال بالفرق بين أن يصل الإمام أو لا يصل ، وقياساً على الأثر الوارد في السرقة ، وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الأظهر أن المقذوف إذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وأما من يقيم الحد ؟ فلا خلاف أن الإمام يقيمه في القذف . واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب .

واختلفوا إذا تاب ، فقال مالك : تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أبداً [١] .

والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور . وذلك في قوله تعالى : ﴿ **وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً ، وَأُولَئِكَ هُمُ الفَاسِقُونَ . إلاَّ الَّذِينَ تَابُوا** ﴾ [٢] فمن قال يعود إلى أقرب مذكور قال : التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ، ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعاً قال : التوبة ترفع الفسق ، وَردَّ الشهادة . وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع : أي خارج عن الأصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد .

وأما بماذا يثبت ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين . واختلف في مذهب مالك : هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء ؟ وهل تلزم في الدعوى فيه يمين ؟ وإن نَكَلَ فهل يُحَدُّ بالنكول ويمين

---

(١) ممن قال لا تقبل شهادته ، وإن تاب : شريح القاضي ، وإبراهيم النخعي ، والحسن البصري ، وسفيان الثوري ، وأبو حنيفة ، وإنما يزول فسقه عند الله ، فلا تقبل شهادته البتة ، ولو تاب ، وأكذب نفسه .

وقال الجمهور : إن تاب قبلت شهادته ، وإنما كان ردها لعلة الفسق ، فإذا زال قبلت شهادته مطلقاً قبل الحد ، وبعده . وهو قول عامة الفقهاء . انظر (القرطبي ١٧٩/١٢) .

(٢) النور آية ٤ ، ٥ .

المدعي ؟ فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه . قال القاضي : وإن أنسأ الله في العمر فسنضع كتاباً في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً ، إذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة ، التي هي جزيرة الأندلس حتى يكون به القارئ مجتهداً في مذهب مالك ، لأن إحصاء جميع الروايات عندي شيء ينقطع العمر دونه .

* * *

باب في شرب الخمر

والكلام في هذه الجناية : في الموجب ، والواجب ، وبماذا تثبت هذه الجناية ؟ فأما الموجب ، فاتفقوا على أنه شرب الخمر دون إكراه قليلها وكثيرها . واختلفوا في المسكرات من غيرها ، فقال أهل الحجاز : حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد من شربها ، قليلاً كان أو كثيراً ، أسكر أو لم يسكر ، وقال أهل العراق : المحرم منها هو السُّكْر ، وهو الذي يوجب الحد . وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الأطعمة والأشربة .

وأما الواجب فهو الحد والتفسيق إلا أن تكون التوبة ، والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وإن لم يبلغ حد السكر ، وفيمن بلغ حد السُّكْر فيما سوى الخمر واختّلف الذين رأوا تحريم قليل الأنبذة في وجوب الحد ، وأكثر هؤلاء على وجوبه ، إلا أنهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب ، فقال الجمهور : الحد في ذلك ثمانون ، وقال الشافعي وأبو ثور وداود : الحد في ذلك أربعون ، هذا في حد الحر .

وأما حد العبد فاختلفوا فيه ، فقال الجمهور : هو على النصف من حد الحر ، وقال أهل الظاهر : حد الحر والعبد سواء ، وهو أربعون ، وعند الشافعي عشرون ، وعند من قال ثمانون : أربعون . فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر ، وإشارة عليّ عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياساً على حد الفرية ، فإنه كما قيل عنه رضي الله عنه « إذا شرب سَكِرَ ، وإذا سكر هذي ، وإذا هذي افترى » .

وعمدة الفريق الثاني أن النبي ﷺ لم يحد في ذلك حداً ، وإنما كان يُضْرب فيها بين يديه بالنعال ضرباً غير محدود ، وأن أبا بكر رضي الله عنه شاور أصحاب رسول الله ﷺ : كم بلغ ضرب رسول الله ﷺ لشراب الخمر ؟ فقدروه

بـأربعين . وروي عن أبي سعيـد الخـدري « أن رسـول الله ﷺ ضرب في الخمر بنعلين أربعين » فجعل عمر مكان كل نعل سوطاً [١] .

وروي من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري مـا هو أثبت من هـذا ، وهو « أن رسول الله ﷺ ضرب في الخمر أربعين » [٢] وروي هـذا عن علي عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق أثبت . وبه قال الشافعي .

---

(١) حديث عمر رواه مالك في الموطأ ، والشافعي عنه والدارقطني عن ثور بين زيـد الـديلي : أن عمر .. فذكر الحـديث قـال الحـافظ : وهو منقطع ، لأن ثوراً لم يلحق عمر ، بلا خلاف ، لكن وصله النسائي في الكبرى ، والحـاكم من وجـه آخر عن ثور عن عكرمـة عن ابن عبـاس . ورواه عبـد الرزاق عن معمر عن أيوب عن عكرمـة ، لم يـذكر ابن عبـاس ، وفي صحبتـه نظر . انظر (التلخيص ٧٥/٤) .
وقد ذهب مالك ، والليث ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، والشافعي في قول له إلى أن حـد السكران ثمانون جلدة .
وذهب أحمـد ، وداود ، وأبـو ثـور ، والشـافعي في المشهـور عنـه إلى أنـه أربعـون . انظر (نيـل الأوطار ١٦١/٧) .

(٢) قـال الحـافـظ : ليس في حـديث أبي داود الـذي رواه عن عبـد الرحمن بن أزهر ـ صيغـة أمر ، ولا ذكر أربعين تعليقاً منه على أحـاديث الرافعي في قولـه « روي أنـه عليـه الصلاة والسلام أمر بجلد الشارب أربعين » قال الحـافـظ : بل لفظـه : « أتي رسول الله ﷺ بشـارب ، وهو بحنين ، فحثى في وجهه التراب ، ثم أمر أصحابه ، فضربوه بنعالهم . وما كان في أيـديهم . حتى قـال لهم : ارفعوا ، فرفعوا ، ثم جلـد أبـو بكر أربعين ، ثم جلـد عمر أربعين صدراً من خـلافتـه ، ثم جلـد ثمانين في آخر خلافته ، ثم جلد عثمان الحدين : ثمانين ، وأربعين ، ثم أثبت معاوية الحد ثمانين .
وعن أنس أصلـه عنـد مسلم ، وأبي داود من طريق قتـادة : ضربـه بجريـدتين نحواً من أربعين .
قـال أبـو داود : ورواه شعبـة عن قتـادة عن أنس : ضربـه بجريـدتين نحـواً من أربعين ، قـال : ورواه ابن أبي عروبـة عن قتـادة نحـوه مرسلاً . انظر (التلخيص) وعن أنس « أن النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد ، والنعال ، وجلد أبو بكر أربعين » متفق عليه .
قال الشوكاني : وفي رواية للنسائي « أن النبي ﷺ ضربه بـالنعـال نحواً من أربعين » وفي روايـة لأحمـد ، والبيهقي « فـأمر نحـواً من عشرين رجـلاً ، فجلـده كل واحـد جلـدتين بـالجريـد ، والنعال » قال : فيجمع بأن جملة الضربات كانت نحو أربعين إلا أن كل جلدة بجريدتين ، وهـذا =

وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الإمام يقيمه ، وكذلك الأمر في سائر الحدود . واختلفوا في إقامة السادات الحدود على عبيدهم ، فقال مالك : يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف إذا شهد عنده الشهود ، ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ، ولا يقطع في السرقة إلا الإمام ، وبه قال الليث . وقال أبو حنيفة : لا يقيم الحدود على العبيد إلا الإمام ، وقال الشافعي : يقيم السيد على عبده جميع الحدود ، وهو قول أحمد وإسحاق وأبي ثور .

فعمدة مالك الحديث المشهور « أن رسول الله ﷺ سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن فقال : إن زنت فاجلدوها ، ثم إن زنت فاجلدوها ، ثم بيعوها ولو بضفير » (١) وقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها » (٢) .

وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الأحاديث ما روي عنه ﷺ من حديث عنه أنه قال : « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » (٣) ولأنه أيضاً مروي عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم ، منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس . وعمدة أبي حنيفة الإجماع على أن الأصل في إقامة الحدود هو السلطان . وروي عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا : الجمعة والزكاة والفيء والحكم إلى السلطان .

* * *

= الجمع باعتبار مجرد الضرب بالجريد ، وهو مبين لما أجمل في الرواية المذكورة في حديث أنس . انظر (النيل ١٥٩/٧) أما حديث أبي سعيد الخدري الذي أشار إليه المؤلف فنصه « جلد على عهد رسول الله ﷺ في الخمر بنعلين أربعين ، فلما كان زمن عمر ، جعل بدل كل نعل سوطاً » رواه أحمد ، والترمذي ، وحسنه . انظر (المصدر السابق) .

(١) حديث إنه سئل عن الأمة .. » متفق عليه عن أبي هريرة .

(٢) حديث « إذا زنت أمة أحدكم .. » متفق عليه كذلك عن أبي هريرة .

(٣) حديث « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » رواه مسلم عن علي ، ورواه كذلك أبو داود ، والنسائي ، والبيهقي . انظر (التلخيص) .

فصل : وأما بماذا يثبت هذا الحد ، فاتفق العلماء على أنه يثبت بالإقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة ، فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز : يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان ، وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا : لا يثبت الحد بالرائحة [1] .

فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها على الصوت والخط . وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح ، والحد يدرأ بالشُّبَه .

* * *

---

(١) قول أكثر أهل العلم على أنه لا يثبت شرب الخمر بالرائحة ، منهم الثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأحمد . وروى عنه أبو طالب أنه يجب بذلك ، وهو قول مالك ، لأن ابن مسعود جلد رجلاً ، وجد منه رائحة الخمر ، وروي عن عمر أنه قال : إني وجدت من عبيد الله ريح شراب ، فأقر أنه شرب الطلا ، فقال عمر : إني سائل عنه ، فإن كان يسكر جلدته ، ولأن الرائحة تدل على شربه ، فجرى مجرى الإقرار . انظر (المغني ٣٠٩/٨) .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب السرقة *

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة ، وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد ، وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد ، وفي العقوبة ، وفيما تثبت به هذه الجناية . فأما السرقة ، فهي أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه ، وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا إياس بن معاوية ، فإنه أوجب في الخلسة القطع ، وذلك مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام [١] .

---

* السرقة : أخذ المال على وجه الخفية ، والاستتار ، ومنه استراق السمع ، ومسارقة النظر ، إذا كان يستخفي بذلك .

(١) قول المؤلف : وذلك مروي عن النبي ﷺ ، لعله يقصد قوله عليه الصلاة والسلام « ليس على خائن ، ولا منتهب ، ولا مختلس قطع » رواه الخمسة ، وصححه الترمذي عن جابر . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١٤٧/٧) .

قال ابن قدامة : إن اختطف ، أو اختلس ، لم يكن سارقاً ، ولا قطع عليه عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية ، قال : أقطع المختلس ، لأنه يستخفي بأخذه ، فيكون سارقاً ، وأهل الفقه ، والفتوى من علماء الأمصار على خلافه .

واختلفت الرواية عن أحمد في جاحد العارية ، فعنه عليه القطع ، وهو قول إسحق ، وعنه لا قطع عليه ، وهو قول الخرقي ، وأبي إسحاق بن شاقلا ، وأبي الخطاب من الحنابلة ، وسائر الفقهاء ، قال ابن قدامة : وهو الصحيح إن شاء الله تعالى . وشروط القطع كما ذكرها ابن قدامة : سبعة : أحدها السرقة ، **الثاني** : أن يكون المسروق نصاباً . **الثالث** : أن يكون مالاً . **الرابع** : أن يسرق من حرز يخرج منه ، **الخامس ، والسادس ، والسابع** : كون السارق مكلفاً ، وتثبت السرقة ، ويطالب بها المالك .

وقد نقل الشوكاني عن صاحب البحر عن الأكثر أن شرط القطع الحرز ، وعن أحمد ، وإسحق ، وزفر ، والخوارج ، والظاهرية ، وطائفة من أهل الحديث أنه لا يشترط . كذا قال الشوكاني .

وأوجب أيضاً قوم القطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهورة « أنها كانت تستعير الحليّ ، وأن رسول الله ﷺ قطعها لوضع جحودها » .

وبه قال أحمد وإسحاق ، والحديث حديث عائشة قالت : « كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بقطع يدها ، فأتى أسامة أهلها فكلموه ، فكلم أسامة النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : ياأسامة لا أراك تتكلم في حد من حدود الله ، ثم قام النبي عليه الصلاة والسلام خطيباً فقال : « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه ، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها » [1] .

= لكن قال ابن قدامة - في شرط الحرز : وهذا قول أكثر أهل العلم ، وهذا مذهب عطاء ، والشعبي ، وأبي الأسود الدؤلي ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، وعمرو بن دينار ، والثوري ، ومالك ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم عن أحد من أهل العلم خلافهم ، إلا قولاً حكي عن عائشة ، والحسن ، والنخعي فيمن جمع المتاع ، ولم يخرج به من الحرز ، عليه القطع ، وعن الحسن مثل قول الجماعة وحكي عن داود أنه لا يعتبر الحرز .

قال ابن المنذر : وليس فيه خبر ثابت ، ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه ، فهو كالإجماع ، والإجماع حجة على من خالفه .

انظر (المغني ٢٤٨/٨) وانظر (المحلى ٣٤٨/١٣) و (نيل الأوطار ١٤٥/٧) . بهذا يتبين أن ما نقله الشوكاني عن أحمد ، وإسحق ، وزفر ـ في عدم اشتراط الحرز ـ لا أساس له . والله أعلم .

أما الرواية عن أحمد ، وإسحق . فهي في جاحد العارية . والمذهب : لا قطع عليه .

(١) أما الحديث الأول للمخزومية التي سرقت فلفظه عن ابن عمر قال « كانت مخزومية تستعير المتاع ، وتجحده ، فأمر النبي ﷺ بقطع يدها » رواه أحمد ، والنسائي ، وأبو داود ، وقال أبو داود : ورواه ابن أبي نجيح عن نافع عن صفية بنت عبد المطلب ، قال : فيه : « فشهد عليها » .

أما حديث عائشة الذي ذكره المؤلف في المخزومية ، فرواه أحمد ، ومسلم والنسائي .

والمخزومية اسمها فاطمة بنت الأسود بن عبد الأسد بن عبد الله بن عمرو . وهي بنت أخي أبي =

ورد الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول ، وذلك أن المعار مأمون وأنه يأخذ بغير إذن فضلاً أن يأخذ من حرز ، قالوا : وفي الحديث حذف ، وهو أنها سرقت مع أنها جحدت ، ويدل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه » قالوا : وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري بإسناده ، فقال فيه : إن المخزومية سرقت ، وهذا يدل على أنها فعلت الأمرين جميعاً الجحد والسرقة .

وكذلك أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل ، فحكمه حكم المحارب ، على ما سيأتي في حد المحارب .

وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن من شرطه أن يكون مكلفاً ، وسواء أكان حراً أو عبداً ، ذكراً أو أنثى ، مسلماً ، أو ذميًّا ، إلا ما روي في الصدر الأول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق إذا سرق ، وروي ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ، ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم ، فمن رأى أن الإجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسألة عنده قطعية ، ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الأمر بالقطع ، ولا عبرة لمن لم ير القطع على العبد الآبق إلا تشبيهه سقوط

= سلمة بن عبد الأسد الصحابي ، وقصة المخزومية كانت في غزوة الفتح سنة ثمان .

وأخرج الحاكم موصولاً ، وأبو داود مرسلاً : أنها عاذت بزينب بنت رسول الله ﷺ ، واستشكل ذلك بأن زينب ماتت في شهر جمادى من السنة السابعة من الهجرة ، وقصة المخزومية في غزوة الفتح . وقيل : المراد : زينب بنت أم سلمة ربيبة النبي ﷺ ، فتكون نسبتها إليه مجازاً .

وجاء في رواية لعبد الرزاق أنها عاذت بعمرو بن أبي سلمة . والجمع بين الروايات كما ذكر الشوكاني : أنها عاذت بأم سلمة ، وابنيها ، فشفعوا لها إلى النبي ﷺ ، فلم يشفعهم ، فطلب الجماعة من قريش من أسامة الشفاعة ظناً منهم أن النبي ﷺ يقبل شفاعته ، لمحبته له .

انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (نيل الأوطار) و (المغني) و (المحلى).

الحد عنه بسقوط شطره ، أعني الحدود التي تنشطر في حق العبيد ، وهو تشبيه ضعيف .

وأما المسروق فإن له شرائط مختلفاً فيها ، فمن أشهرها اشتراط النصاب ، وذلك أن الجمهور على اشتراطه ، إلا ما روي عن الحسن البصري أنه قال : القطع في قليل المسروق وكثيره ، لعموم قوله تعالى : ﴿ **والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما** ﴾[١] الآية . وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ، ويسرق الحبل فتقطع يده »[٢] وبه قال الخوارج وطائفة من المتكلمين .

والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلافاً كثيراً ، إلا أن الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند إلى أدلة ثابتة ، وهو قولان : **أحدهما** : قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم . **والثاني** : قول فقهاء العراق . أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة ، وربع دينار من الذهب .

واختلفوا فيا تُقَوَّمُ به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة ، فقال مالك في المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار ، أعني إذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف ، مثل أن يكون الربع دينار في وقت درهمين ونصفاً ، وقال الشافعي : الأصل في تقويم الأشياء هو الربع دينار ، وهو الأصل أيضاً للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم إلا أن تساوي ربع دينار .

---

(١) المائدة آية ٣٨ .

(٢) حديث أبي هريرة متفق عليه .

وأما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه . وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض إلى الغالب في نقود أهل ذلك البلد ، فإن كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم ، وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار ، وأظن أن في المذهب من يقول إن الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ، وبقول الشافعي في التقويم قال أبو ثور والأوزاعي وداود ، وبقول مالك المشهور قال أحمد : أعني بالتقويم بالدراهم .

وأما فقهاء العراق فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه ، وقد قال جماعة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم ، وقد قيل : في أربعة دراهم ، وقال عثمان البتي : في درهمين . فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر « أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع في مِجَنٍّ قيمته ثلاثة دراهم »[1] وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخاري ومسلم إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً »[2] .

---

(١) حديث ابن عمر ، رواه الجماعة ، وفي لفظ بعضهم « ثمنه » . انظر (منتقى الأخبار ١٤٠/٧)
والمجن بكسر الميم ، وفتح الجيم ، وتشديد النون : هو الترس ، ويقال له : مجنة بكسر الميم ، وجنان ، وجنانة بضمها .

(٢) حديث عائشة « تقطع اليد في ربع دينار ، فصاعدًا » رواه البخاري والنسائي ، وأبو داود .
وفي رواية « لا تقطع يد السارق ، إلا في ربع دينار ، فصاعداً » رواه أحمد ، ومسلم ، والنسائي ، وابن ماجة .
وفي رواية « كان صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق في ربع دينار ، فصاعداً » رواه الجماعة إلا ابن ماجة .
وفي رواية « اقطعوا في ربع دينار ، ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك ، وكان ربع دينار يومئذ ثلاثة دراهم ، والدينار اثني عشر درهماً » رواه أحمد .
وفي رواية « لا تقطع يد االسارق فيما دون ثمن المجن ، قيل لعائشة : ما ثمن المجن ؟ قالت : ربع دينار » رواه النسائي . وقد ذهب الجمهور من الخلف ، والسلف ، ومنهم الخلفاء الراشدين إلى =

وأما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور ، قالوا : ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروي ذلك في أحاديث . وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع في المجن كابن عباس وغيره .

وقد روى محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال : كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة دراهم (١) قالوا : وإذا وجد الخلاف في ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين ، وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة ، وهو الذي اعتمده الشافعي في هذه المسألة وجعل الأصل هو الربع دينار .

وأما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه ، وهو أنه قطع في أترجة قُوِّمَت بثلاثة دراهم ، والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر درهماً والقطع في ثلاثة دراهم أحفظ للأموال ، والقطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو ، والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره ، فإن كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعي أولى المذاهب ، فهذا هو أحد الشروط المشترطة في القطع .

واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو إذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع ، أعني نصاباً دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً ، وذلك

= أن اليد تقطع في ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم . ومنهم الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعي ، وأحمد . انظر لأقوال العلماء (المغني) و (نيل الأوطار) و (المحلى) .

وذهب أبو حنيفة ، وأصحابه ، وسائر فقهاء العراق إلى أن النصاب الموجب للقطع ، هو عشرة دراهم .

(١) رواه البيهقي ، والطحاوي عن ابن عباس (المصدر السابق) .

بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً ، مثل أن يكون عدلاً أو صندوقاً يساوي النصاب ، فقال مالك : يقطعون جميعاً ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً [١] فمن قطع الجميع رأى العقوبة إنما تتعلق بقدر مال المسروق أي أن هذا القدر من المال المسروق هو الذي يوجب القطع لحفظ المال ، ومن رأى أن القطع إنما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة .

واختلفوا متى يقدر المسروق ، فقال مالك : يوم السرقة ، وقال أبو حنيفة : يوم الحكم عليه بالقطع [٢] . وأما الشرط الثاني في وجوب هذا الحد فهو الحرز ، وذلك أن جميع فقهاء الأمصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع ، وإن كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز . والأشبه أن يقال في حد الحرز إنه ما شأنه أن تحفظ به الأموال كي يعسر أخذها مثل الأغلاق والحظائر وما أشبه ذلك ، وفي الفعل الذي إذا فعله السارق اتصف بالإخراج من الحرز على ما سنذكره بعد ، وممن ذهب إلى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وأصحابهم ، وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقه من غير حرز .

فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل ، فإذا

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف (المغني ٢٨٢/٨) .

(٢) وممن قال بقول مالك الشافعي ، وأحمد . وقال أبو حنيفة : يقدر يوم القطع ، فتعتبر استدامته . انظر (المصدر السابق) .

أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن »[١] ومرسل مالك أيضاً عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب[٢] .

وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى :﴿ **والسَّارِقُ والسَّارِقَةُ فاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** ﴾[٣] الآية . قالوا : فوجب أن تحمل الآية على عمومها ، إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك . وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع فيه . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو بن شعيب . وقال أبو عمر بن عبد البر : أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب إذا رواها الثقات .

وأما الحرز عند الذين أوجبوه فإنهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا في أشياء ، مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم في الأوعية . ومثل اتفاقهم على أن من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى أنه لا يقطع حتى يخرج من الدار ، واختلافهم في الدار المشتركة ، فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز : تقطع يده إذا أخرج من البيت ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا قطع عليه إلا إذا أخرج من الدار .

ومنها اختلافهم في القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش ، أو ليس بحرز ؟ فقال مالك والشافعي وأحمد وجماعة : هو حرز ، وعلى النباش

---

(١) حديث لا قطع في ثمر معلق ، ولا في حريسة جبل .. » رواه أبو داود والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « سئل رسول الله ﷺ عن الثمر المعلق ، فقال : من أصاب منه بغيته من ذي حاجة ، غير متخذ خبنة ، فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء ، فعليه غرامة مثليه ، والعقوبة ، ومن سَرق شيئاً بعد أن يؤويه الجرين ، فبلغ ثمن المجن ، فعليه القطع » انظر (منتقى الأخبار) .

(٢) حديث عبد الله بن عبد الرحمن في الموطأ . قال الحافظ : هو معضل . وكذلك ما رواه ابن أبي شيبة عنه . انظر (التلخيص) .

(٣) المائدة آية ٣٨ .

القطع ، وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، وكذلك قال سفيان الثوري ، وروي ذلك عن زيد بن ثابت [1] والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه ، فمرابط الدواب عنده أحراز ، وكذلك الأوعية ، وما على الإنسان من اللباس ، فالإنسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده .

وإذا توسد النائم شيئاً فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد ، وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس . ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلي أو غيره إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ، ومن سرق من الكعبة شيئاً لم يقطع عنده ، وكذلك من المساجد ، وقد قيل في المذهب إنه إن سرق منها ليلاً قطع .

وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز . واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سُمّي مُخْرِجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء أكان داخل الحرز أو خارجه . وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف ، مثل اختلاف المذهب إذا كانا سارقان : أحدهما : داخل البيت ، والآخر خارجه ، فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر ، فقيل : القطع على الخارج المتناول له ، وقيل : لا قطع على واحد منهما ، وقيل : القطع على المقرب للمتاع من الثقب . والخلاف في هذا كله آيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لا انطلاقه . فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ، ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع ، وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج ، وقال ابن القاسم : يقطع .

* * *

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف (المغني) لمذاهب العلماء . و (القرطبي) .

فصل : وأما جنس المسروق ، فإن العلماء اتفقوا على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه ، فإنه يجب في سرقته القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة ، والأشياء التي أصلها مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب الجمهور إلى أن القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه ، وقال أبو حنيفة : لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش . فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب .

وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع في ثمر ولا كَثَر » (١) وذلك أن هذا الحديث روي هكذا مطلقاً من غير زيادة . وعمدته أيضاً في منع القطع فيما أصله مباح : الشبهة التي فيه لكل مالك ، وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع أن لا يكون للسارق فيه شبهة ملك . واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة ، وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع : في جنسه ، وقدره ، وشروطه ، وستأتي هذه المسألة فيما بعد .

واختلفوا من هذا الباب ـ أعني من النظر في جنس المسروق ـ في المصحف ، فقال مالك والشافعي : يقطع سارقه . وقال أبو حنيفة : لا يقطع . ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه . أو أن لكل أحد فيه حقاً إذ ليس بمال (٢) .

---

(١) حديث « لا قطع في ثمر ، ولا كثر » رواه مالك ، وأحمد ، وأصحاب السنن ، وابن حبان ، والحاكم ، والبيهقي من حديث رافع بن خديج .

قال الحافظ : واختلف في وصله ، وإرساله ، وقال الطحاوي : هذا الحديث تلقت العلماء متنه بالقبول ، ورواه أحمد ، وابن ماجة من حديث أبي هريرة ، وفيه سعد بن سعيد المقبري ، وهو ضعيف . و(الكثر) بفتح الكاف ، والثاء : الجمار ، كما وقع في رواية النسائي . انظر (التلخيص) .

(٢) وبقول مالك ، والشافعي قال أحمد في سرقة المصحف . وهو الذي اختاره أبو الخطاب من =

واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيراً مملوكاً أعجمياً ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام ، فقال الجمهور : يقطع . وأما إن كان كبيرًا يفقه فقال مالك : يقطع ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع . واختلفوا في الحر ، فعند مالك أن سارقه يقطع ، ولا يقطع عند أبي حنيفة ، وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك . واتفقوا كما قلنا أن شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد .

واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ منها ، فمنها العبد يسرق مال سيده ، فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع ، وقال أبو ثور : يقطع ولم يشترط شرطاً ، وقال أهل الظاهر : يقطع إلا أن يأتمنه سيده .

واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلي الخدمة لسيده بنفسه ، والشافعي مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه .

وبدرء الحد قال عمر - رضي الله عنه - وابن مسعود ولا مخالف لهما من الصحابة . ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر ، فقال مالك : إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ، وقال الشافعي : الاحتياط أن لا قطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال ، وقد روي عنه مثل قول مالك ، واختاره المزني [١] .

ومنها القرابات ، فمذهب مالك فيها أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال

= الحنابلة ، وهو ظاهر الرواية عن أحمد . وعنه : لا قطع فيه . انظر (المغني) و (القرطبي) .

(١) العبد إذا سرق ، فليس عليه قطع في قول الجميع ، ووافقهم أبو ثور ، وحكي عن داود : أنه يقطع . ومثله عند أحمد المُدَبَّر ، وأم الولد ، والمكاتَب .

وإن سرق أحد الزوجين من الآخر من حرز ، فعن أحمد روايتان : **الأولى** : لا قطع ، وهو اختيار أبي بكر من الحنابلة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والثانية : تقطع ، وهو مذهب مالك ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وهو ظاهر كلام الخرقي من الحنابلة . انظر (المغنى ٢٧٦/٨) .

الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : « أنت ومالك لأبيك » ويقطع ما سواهم من القرابات ، وقال الشافعي : لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل : يعني الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء ، وقال أبو حنيفة : لا يقطع ذو الرحم المحرمة ، وقال أبو ثور : تقطع يد كل من سرق إلا ما خصصه الإجماع [١] .

ومنها اختلافهم فيمن سرق من الغنم أو من بيت المال ، فقال مالك : يقطع ، وقال عبد الملك من أصحابه : لا يقطع [٢] . فهذا هو القول في الأشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجناية .

* * *

القول في الواجب

وأما الواجب في هذه الجناية إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا ، أعني الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة ، فإنهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جناية ، والغرم إذا لم يجب القطع . واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع ؟ فقال قوم : عليه الغرم مع القطع ، وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة ، وقال قوم : ليس عليه غرم إذا

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف من أقوال العلماء لهذه المسئلة (المغني ٢٨٦/٨) ومذهب أحمد لا يقطع والد ، ولا ولد ، أما سائر الأقارب ، كالإخوة ، والأخوات .. فيقطع بسرقة مالهم ، ويقطعون بسرقة ماله .

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا قطع في ذلك .

وهو ما نرجحه . والله أعلم .

(٢) ولا قطع فيمن سرق من بيت المال ، إذا كان مسلماً ، ويروى ذلك عن عمر ، وعلي رضي الله عنهما ، وبه قال الشعبي ، والنخعي ، والحكم ، والشافعي ، وأحمد ، وأصحاب الرأي .

وقال مالك ، وابن المنذر : يقطع . انظر (المغني ٢٧٧/٨) وذلك لأن فيه شبهة ، وهو أن بيت المال فيه نصيب للجميع .

لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ، وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ، وفرق مالك وأصحابه فقال : إن كان موسراً أتبع السارق بقيمة المسروق ، وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أثرى ، واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم [١] .

فعمدة من جمع بين الأمرين أنه اجتمع في السرقة حقان : حق لله ، وحق للآدمي ، فاقتضى كل حق موجبه ، وأيضاً فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه لزم إذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياساً على سائر الأموال الواجبة ، وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال : « لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد » [٢] وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث . قال أبو عمر : لأنه عندهم مقطوع ، قال : وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي .

---

(١) قال ابن قدامة : لا يختلف أهل العلم في وجوب رد العين المسروقة على مالكها ، إذا كانت باقية ، فأما إذا كانت تالفة ، فعلى السارق رد قيمتها ، أو مثلها ، إن كانت مثلية ، قطع أو لم يقطع موسراً ، أو معسراً ، وهذا قول الحسن ، والنخعي ، وحماد ، والبتي ، والليث ، والشافعي ، وإسحق ، وأبي ثور ، وأحمد .
وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا يجتمع الغرم ، والقطع ، إن غرمها قبل القطع ، سقط القطع ، وإن قطع قبل الغرم ، سقط الغرم . انظر (المصدر السابق) و (القرطبي ٦ / ١٦٥) .

(٢) هذا الحديث رواه النسائي في سننه بهذا اللفظ . قال النسائي : هذا مرسل ، وليس بثابت . وأخرجه الدارقطني في سننه بلفظ : لا غرم على السارق بعد قطع يمينه ، وقال : والمسور بن إبراهيم ، لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، فإن صح إسناده ، فهو مرسل . قال : وسعيد بن إبراهيم مجهول . قال ابن القطان : وصدق فيما قال . ورواه البزار في « مسنده » بلفظ : « لا يضمن السارق سرقته بعد إقامة الحد » قال : والمسور بن إبراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف . رواه الطبراني في « معجمه الأوسط » قال : لا يروى عن عبد الرحمن بن عوف إلا بهذا الإسناد ، وهو غير متصل ، لأن المسور ، لم يسمع من جده عبد الرحمن . قال عبد الحق في أحكامه : إسناده منقطع . قال ابن القطان في « كتابه » وفيه مع الانقطاع بين المسور ، وجده عبد الرحمن بن عوف انقطاع آخر بين المفضل ، ويونس . انتهى من نصب الراية (٣٧٦/٣) .

والكوفيون يقولون : إن اجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول ، ويقولون إن القطع هو بدل من الغرم ، ومن هنا يرون أنه إذا سرق شيئاً ما فقطع فيه ثم سرقه ثانياً أنه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس .

وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمين باتفاق من الكوع ، وهو الذي عليه الجمهور ، وقال قوم : الأصابع فقط . فأما إذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة ، فإنهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق : تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى ، وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين : تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ، ولا يقطع منه غير ذلك .

واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى . هل يقف القطع إن سرق ثالثة أم لا ؟ فقال سفيان وأبو حنيفة : يقف القطع في الرجل ، وإنما عليه في الثالثة الغرم فقط ، وقال مالك والشافعي : إن سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ، ثم إن سرق رابعة قطعت رجله اليمنى ، وكلا القولين مروي عن عمر وأبي بكر ، أعني قول مالك وأبي حنيفة [١] .

فعمدة من لم ير إلا قطع اليد قوله تعالى : ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** ﴾ [٢] ولم يذكر الأرجل إلا في المحاربين فقط . وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روي « أن النبي ﷺ أتي بعبد سرق فقطع يده اليمنى ، ثم الثانية فقطع رجله ، ثم أتي به في الثالثة فقطع يده اليسرى ، ثم أتي

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لأقوال العلماء فيما إذا سرق مرة ثانية ، وثالثة (المغني ٢٦٠/٨) و (القرطبي ١٧٢/٦) .

(٢) المائدة آية ٣٨ .

به في الرابعة فقطع رجله » وروي هذا من حديث جابر بن عبد الله ، وفيه « ثم أخذه الخامسة فقتله »[١] إلا أنه منكر عند أهل الحديث ، ويرده قوله عليه الصلاة والسلام « هن فواحش وفيهن عقوبة » ولم يذكر قتلاً .

وحديث ابن عباس « أن النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد » وعند مالك أنه يؤدب في الخامسة ، فإذا ذهب محل القطع من غير سرقة بأن كانت اليد شلاء . فقيل في المذهب : ينتقل القطع إلى اليد اليسرى ، وقيل إلى الرجل .

واختلف في موضع القطع من القدم . فقيل : يقطع من المفصل الذي في أصل الساق ، وقيل : يدخل الكعبان في القطع ، وقيل : لا يدخلان ، وقيل : إنها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم . واتفقوا على أن لصاحب السرقة أن يعفو عن السارق ما لم يرفع ذلك إلى الإمام لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب »[٢] وقوله عليه الصلاة والسلام « لو كانت فاطمة بنت محمد

---

(١) هذا الحديث بهذا اللفظ رواه الدارقطني عن جابر . قال الحافظ : وفيه محمد بن يزيد بن سنان . قال الدارقطني : هو ضعيف . ورواه أبو داود ، والنسائي أيضاً بلفظ : جيء بسارق إلى النبي ﷺ ، فقال اقتلوه ، فقالوا يارسول الله إنما سرق ، قال اقطعوه ، فقطع ، ثم جيء به في الثانية ، فقال : اقتلوه ، قالوا : يا رسول الله إنما سرق قال : « اقطعوه »، فذكره كذلك ، قال : فجيء به الخامسة ، فقال : « اقتلوه » قال جابر : فانطلقنا إلى مربد النعم ، فاستلقى على ظهره ، فقتلناه ، ثم اجتررناه ، فألقيناه في بئر ، ورمينا عليه الحجارة ، وفي إسناده مصعب بن ثابت .

وقد قال النسائي : ليس بالقوى ، وهذا الحديث منكر ، ولا أعلم فيه حديثاً صحيحاً . انظر (التلخيص ٦٨/٤) .

(٢) حديث « تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد ، فقد وجب » رواه أبو داود ، والنسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وكذلك أخرجه الحاكم ، وصححه .

قال الشوكاني نقلاً عن الحافظ : وسنده إلى عمرو بن شعيب صحيح . انظر (نيل الأوطار) .

لأقمت عليها الحد » وقوله لصفوان « هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به ؟ » .

واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع إلى الإمام وقد وهبه صاحب السرقة ما سرقه ، أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع ، فقال مالك والشافعي : عليه الحد ، لأنه قد رفع إلى الإمام ، وقال أبو حنيفة وطائفة : لا حد عليه .

فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية أنه قيل له « إن من لم يهاجر هلك ، فقدم صفوان بن أمية إلى المدينة ، فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاء سارق فأخذ رداءه ، فأخذ صفوان السارق فجاء به إلى رسول الله ﷺ ، فأمر به رسول الله ﷺ أن تقطع يده ، فقال صفوان : لم أرد هذا يارسول الله هو عليه صدقة ، فقال رسول الله ﷺ : « فهلا قبل أن تأتيني به » [1] .

* * *

القول فيما تثبت به السرقة

واتفقوا على أن السرقة تثبت بشاهدين عدلين ، وعلى أنها تثبت بإقرار الحر . واختلفوا في إقرار العبد ، فقال جمهور فقهاء الأمصار : إقراره على نفسه موجب لحده ، وليس يوجب عليه غرماً ، وقال زفر : لا يجب بإقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالاً لمولاه ، وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة ، وإن رجع عن الإقرار إلى شبهة قُبِلَ رجوعه ، وإن رجع إلى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان ، هكذا حكى البغداديون عن المذهب ، وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض ، وإنما هو لائق بتفريع المذهب .

---

(١) حديث صفوان بن أمية رواه الخمسة إلا الترمذي . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار) .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الحرابة

والأصل في هذا الكتاب قوله تعالى : ﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللهَ وَرَسُولَه** ﴾[١] الآية . وذلك أن هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين . وقال بعض الناس : إنها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الإبل ،فأمر بهم رسول الله ﷺ فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم . والصحيح أنها في المحاربين لقوله تعالى : ﴿ **إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ** ﴾[٢] وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقي أنها في المحاربين .

والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب : **أحدها** : النظر في الحرابة . **والثاني** : النظر في المحارب . **والثالث** : فيا يجب على المحارب . **والرابع** : في مسقط الواجب عنه . وهي التوبة . **والخامس** : بماذا تثبت هذه الجناية .

---

(١) المائدة آية ٣٣ .

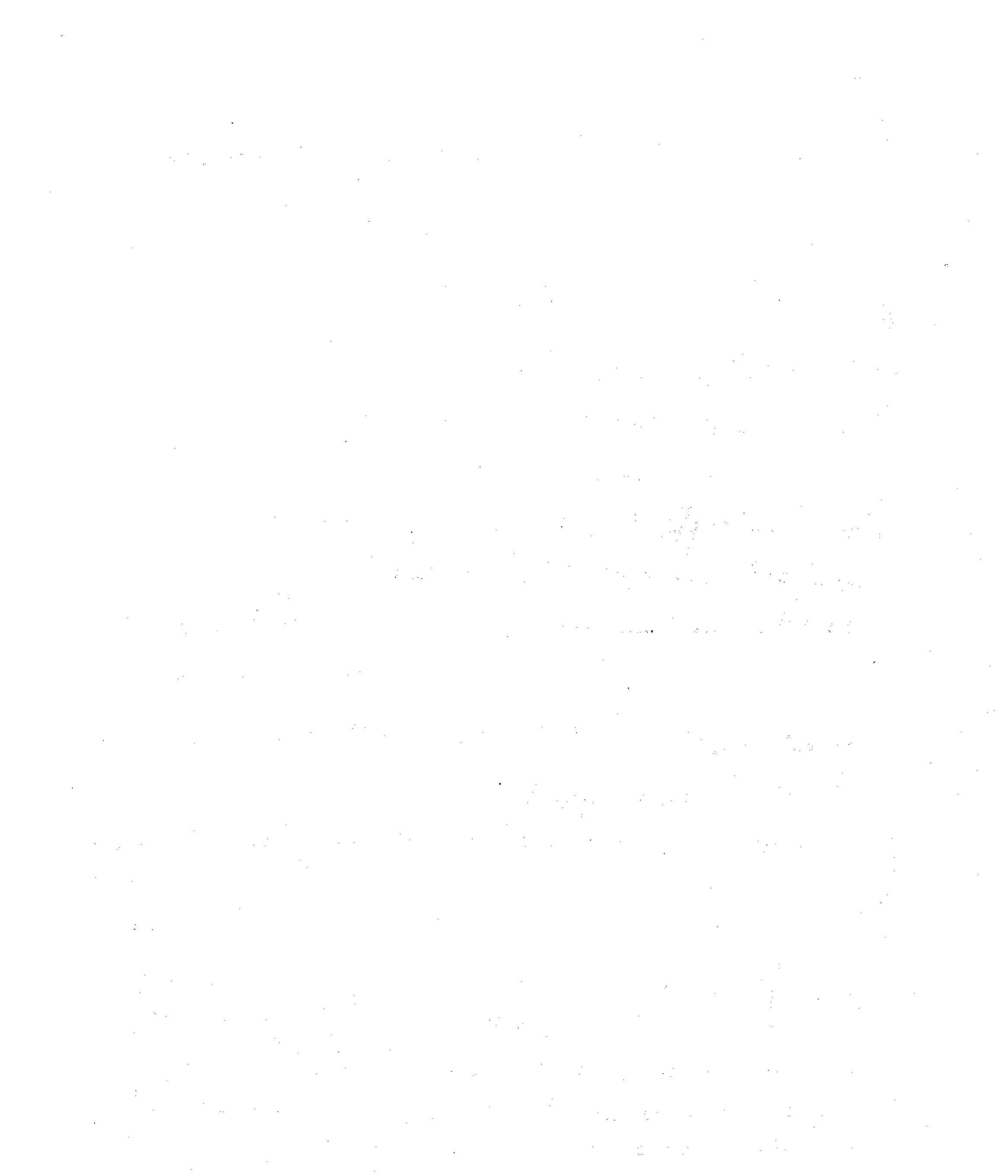
قال القرطبي : اختلف الناس في سبب نزول هذه الآية ، فالذي عليه الجمهور أنها نزلت في العرنيين روى الأئمة عن أنس بن مالك . وذكر القصة ...

وروي عن ابن عباس أنها نزلت بسبب قوم من أهل الكتاب كان بينهم ، وبين رسول الله ﷺ عهد ، فنقضوا العهد ، وقطعوا السبيل ، وأفسدوا في الأرض ، وفي مصنف أبي داود عن ابن عباس أنها نزلت في المشركين . وممن قال بذلك عكرمة ، والحسن . قال القرطبي : وهذا ضعيف قال : والصحيح الأول لنصوص الأحاديث الثابتة في ذلك .

وقال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : الآية نزلت فيمن خرج من المسلمين يقطع السبيل ، ويسعى في الأرض بالفساد .

قال ابن المنذر : قول مالك صحيح . انظر (١٤٨/٦) .

(٢) المائدة آية ٣٤ .



الباب الأول

في النظر في الحرابة

فأما الحرابة ، فاتفقوا على أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر ، واختلفوا فيمن حارب داخل المصر ، فقال مالك : داخل المصر وخارجه سواء ، واشترط الشافعي الشوكة ، وإن كان لم يشترط العدد ، وإنما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ، ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة إنما تتأتى بالبعد عن العمران ، وكذلك يقول الشافعي : إنه إذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة ، وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس ، وقال أبو حنيفة : لا تكون المحاربة في المصر .

* * *

الباب الثاني

في النظر في المحارب

فأما المحارب : فهو كل من كان دمه محقوناً قبل الحرابة ، وهو المسلم والذمي .

* * *

الباب الثالث

فيما يجب على المحارب

وأما ما يجب على المحارب ، فاتفقوا على أنه يجب عليه حق لله وحق للآدميين ، واتفقوا على أن حق الله هو القتل والصَّلْب وقطع الأيدي وقطع الأرجل من خلاف ، والنفي على ما نص الله تعالى في آية الحرابة . واختلفوا في هذه العقوبات ، هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب ؟ فقال مالك : إن قتل فلابد من قتله ، وليس للإمام تخيير في قطعه ولا في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه .

وأما إن أخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه ، وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف . وأما إذا أخاف السبيل فقط فالإمام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه . ومعنى التخيير عنده أن الأمر راجع في ذلك إلى اجتهاد الإمام ، فإن كان المحارب ممن له الرأي والتدبير ، فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه ، لأن القطع لا يرفع ضرره . وإن كان لا رأي له وإنما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف ، وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه ، وهو الضرب والنفي .

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه ، فلا يُقْتَلُ من المحاربين إلا من قتل ، ولا يقطع إلا من أخذ المال ، ولا ينفى إلا من لم يأخذ المال ولا قتل .

وقال قوم : بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق ، وسواء قتل أو لم يقتل ، أخذ المال أو لم يأخذه [1] . وسبب الخلاف هل حرف « أو » في الآية للتخيير أو

(١) قال القرطبي : قال طائفة : يقام عليه الحد بقدر فعله ، فمن أخاف ، وأخذ المال ، قطعت =

للتفصيل على حسب جناياتهم ؟ ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير . واختلفوا في معنى قوله : « أو يُصَلَّبُوا » فقال قوم : إنه يصلب حتى يموت جوعاً ، وقال قوم : بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معاً ، وهؤلاء منهم من قال : يقتل أولاً ثم يصلب ، وهو قول أشهب ، وقيل إنه يصلب حيّاً ثم يقتل في الخشبة ، وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ، ومن رأى أنه يقتل أولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ، ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم : لا يصلي عليه تنكيلاً له ، وقيل : يقف خلف الخشبة ويصلي عليه .

وقال سحنون : إذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلي عليه . وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة ؟ فيه قولان عنه ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى

= يده ، ورجله من خلاف ، وإن أخذ المال ، وقتل ، قطعت يده ، ورجله ، ثم صلب ، فإذا قتل ، ولم يأخذ المال قتل ، وإن هو لم يأخذ المال ، ولم يقتل نفي . وهذا قول ابن عباس ، وروي ذلك عن أبي مجلز ، والنخعي ، وعطاء الخراساني ، وغيرهم . وقال أبو يوسف : إذا أخذ المال ، وقتل ، صُلِبَ ، وقُتِلَ على الخشبة ، وقال الليث ، بالحربة مصلوباً . وقال أبو حنيفة : إذا قتل ، قتل ، وإذا أخذ المال ، ولم يقتل قطعت يده ، ورجله من خلاف ، وإذا أخذ المال ، وقتل ، فالسلطان مخير فيه ، إن شاء قطع يده ، ورجله ، وإن شاء ، لم يقطع ، وقتله ، وصلبه . وقال أبو يوسف : القتل يأتي على كل شيء ، ونحوه الأوزاعي .

وقال الشافعي : إذا أخذ المال ، قطعت يده اليمنى ، وحسمت ، ثم قطعت رجله اليسرى ، وحسمت ، وخلي ، لأن هذه الجناية زادت على السرقة بالحرابة ، وإذا قتل ، قتل ، وإذا أخذ المال وقتل ، قتل ، وصلب ، وروي عنه أنه قال : يصلب ثلاثة أيام ، وإن حضَرَ ، وكثُرَ ، وهِيب ، وكان ردءاً للعدو ، حبس .

وقال أحمد : إن قتل ، قتل ، وإن أخذ المال ، قطعت يده ، ورجله كقول الشافعي .

وقال قوم : لا ينبغي أن يصلب قبل القتل ، فيحال بينه ، وبين الصلاة ، والأكل ، والشرب .

وحكي عن الشافعي : أكره أن يقتل مصلوباً ، لنهي رسول الله ﷺ عن المثلة .

وقال أبو ثور : الإمام مخير على ظاهر الآية ، وكذلك قال مالك : وهو مروي عن ابن عباس ، وهو قول سعيد بن المسيب ، وعمر بن عبد العزيز ، ومجاهد ، والضحاك ، والنخعي . انظر (القرطبي ١٥١/٦) .

على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله : ﴿ **أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ** ﴾ فمعناه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ، ثم إن عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى .

واختلف إذا لم تكن له اليمنى ، فقال ابن القاسم : تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى ، وقال أشهب : تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى .

واختلف أيضاً في قوله : ﴿ **أَوْ يُنفَوْا مِنَ الْأَرْضِ** ﴾[1] فقيل : إن النفي هو السجن ، وقيل : إن النفي هو أن ينفى من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر توبته ، وهو قول ابن القاسم عن مالك ، ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة ، والقولان عن مالك ، وبالأول قال أبو حنيفة ، وقال ابن الماجشون : معنى النفي هو فرارهم من الإمام لإقامة الحد عليهم ، فأما أن يُنْفَى بعد أن يُقْدَرَ عليه فلا ، وقال الشافعي : أما النفي فغير مقصود ، ولكن إن هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع .

وقيل : هي عقوبة مقصودة ، فقيل على هذا ينفى ويسجن دائماً وكلها عن الشافعي ، وقيل معنى ﴿ **أَوْ يُنفَوْا** ﴾ : أي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب .

والذي يظهر هو أن النفي تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى : ﴿ **وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِن دِيَارِكُمْ** ﴾[2] الآية . فسوى بين النفي والقتل . وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل ، وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً لا بالعادة ولا بالعرف .

* * *

---

(١) المائدة آية ٣٣ .

(٢) النساء آية ٦٦ .



الباب الرابع

في مسقط الواجب عنه من التوبة

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فإن الأصل فيه قوله تعالى : ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ﴾ [١] . واختلف من ذلك في أربعة مواضع :

أحدها : هل تقبل توبته ؟ **والثاني** : إن قبلت فما صفة المحارب الذي تقبل توبته ؟ فإن لأهل العلم في ذلك قولين : قول إنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى : ﴿ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ ﴾ وقول : إنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال إن الآية لم تنزل في المحاربين [٢] .

وأما صفة التوبة التي تسقط الحكم فإنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال : **أحدها** : أن توبته تكون بوجهين : أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ، والثاني : أن يلقي سلاحه ويأتي الإمام طائعاً وهو مذهب ابن القاسم **والقول الثاني** : أن توبته إنما تكون بأن يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه ، وإن أتى الإمام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد ، وهذا قول ابن الماجشون ، **والقول الثالث** : إن توبته إنما تكون بالمجيء إلى الإمام ، وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكماً من الأحكام إن أُخِذَ قبل أن يأتي الإمام ، وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل : إنها تكون بأن يأتي الإمامْ

---

(١) المائدة آية ٣٤ .

(٢) قال القرطبي : استثنى الله جل وعز التائبين قبل أن يقدر عليهم ، وأخبر بسقوط حقه عنهم بقوله ﴿ فاعلموا أن الله غفور رحيم ﴾ أما القصاص ، وحقوق الآدميين ، فلا تسقط ، ومن تاب بعد القدرة ، فظاهر الآية أن التوبة لا تنفع ، وتقام الحدود عليه ، وللشافعي قول إنه يسقط كل حد بالتوبة ، والصحيح من مذهبه أن ما تعلق به حق الآدمي قصاصاً ، كان ، أو غيره ، فإنه لا يسقط بالتوبة قبل القدرة عليه . انظر (القرطبي) .

قبل أن يُقْدَرَ عليه ، وقيل : إنها تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط ، وقيل : تكون بالأمرين جميعاً . وأما صفة المحارب الذي تقبل توبته ، فإنهم اختلفوا فيها أيضاً على ثلاثة أقوال : أحدها أن يلحق بدار الحرب . والثاني أن تكون له فئة . والثالث كيفما كانت له فئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق .

واختلف في المحارب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن ينزل ، فقيل : له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة ، وقيل : لا أمان له لأنه إنما يؤمن المشرك . وأما ما تسقط عنه التوبة ، فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال : **أحدها** : أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ، ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين ، وهو قول مالك .

والقول الثاني : أن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع في السرقة ، ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يعفو أولياء المقتول .

والثالث : أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ، ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا تتبع ذممهم . **والقول الرابع** : أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الآدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

* * *

الباب الخامس

بماذا تثبت هذه الجناية

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالإقرار والشهادة ، ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم ، وقال الشافعي : تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يَدَّعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم مالاً أخذوه ، وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

* * *

فصل

في حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل ، فإن محاربهم الإمام ، فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة ، فإن مالكاً قال : إن للإمام أن يقتله إن رأى ذلك لما يخاف من عونه لأصحابه على المسلمين .

وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب ، فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعو إلى بدعته ، فهو يستتاب فإن تاب وإلا قتل ، وقيل : يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل ، وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمآل .

واختلف قول مالك في التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل : أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ، ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم .

وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم ، فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحرابة ، ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إلى ربه . وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصاً بمن قتل ؟ فقيل : يقتل وهو قول عطاء وأصبغ ، وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا يقتل ، وبه قال الجمهور ، لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة ، أصله قتال الصحابة ، وكذلك الكافر بالحقيقة هو المُكَذِّب لا المتأول .

باب في حكم المرتد

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب ، فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه »[١] واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل ؟ فقال الجمهور : تقتل المرأة ، وقال أبو حنيفة : لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية . والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك ، وشذ قوم فقالوا : تقتل وإن راجعت الإسلام . وأما الاستتابة فإن مالكاً شرط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر .

وقال قوم : لا تقبل توبته . وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحرابة ولا يستتاب ، كانت حرابته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب ، إلا أن يسلم .

وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ ، فإنه يختلف في حكمه ، فإن كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحربي يسلم لا تبعة عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده .

وأما إن كانت حرابته في دار الإسلام ، فإنه يُسْقِطُ إسلامُه عنه حكم الحرابة خاصة ، وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في ردته في دار الإسلام ثم أسلم ، وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال : حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية ، وقال : حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم .

وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر ، فقال مالك : يقتل كفراً ، وقال قوم : لا يقتل ، والأصل أن لا يقتل إلا مع الكفر[٢] .

* * *

---

(١) رواه البخاري عن ابن عباس ، والطبراني في الأوسط عن عائشة . انظر (التلخيص) .

(٢) قال ابن قدامة : هو عقد ،وَرَقَىً ، وكلام يتكلم به ، أو يكتبه ، أو يعمل شيئاً يؤثر في بدن =

= المسحور ، أو قلبه ، أو عقله من غير مباشرة له . وله حقيقة ، فمنه ما يقتل ، ومنه ما يمرض ، وما يأخذ الرجل عن امرأته ، فيمنعه وطأها ، ومنه ما يفرق بين المرء ، وزوجه ، وما يبغض أحدهما إلى الآخر ، أو يحبب بين اثنين وهذا قول أحمد ، والشافعي ، وذهب بعض أصحاب الشافعي إلى أنه لا حقيقة له ، وإنما هو تخييل .

وقال أصحاب أبي حنيفة : إن كان شيئاً يصل إلى بدن المسحور ، كدخان ، ونحوه ، جاز أن يحصل منه ذلك ، فأما أن يحصل المرض ، والموت من غير أن يصل إلى بدنه شيء ، فلا يجوز ذلك ، لأنه لو جاز ، لبطلت معجزة الأنبياء ، لأن ذلك يخرق العادات . انظر (المغني ١٥٠/٨) .

وتعلم السحر ، وتعليمه حرام بإجماع بين أهل العلم .

ويكفر عند أحمد ، ويقتل ، سواء اعتقد تحريمه ، أو إباحته . وروي عنه ما يدل على أنه لا يكفر روى عنه حنبل .

وقال أصحاب أبي حنيفة : إن اعتقد أن الشياطين تفعل له ما يشاء ، كفر ، وإن اعتقد أنه يخيل ، لم يكفر .

وقال الشافعي : إن اعتقد ما يوجب الكفر ، أو اعتقد حل السحر . كفر .. وإلا فسق ، ولم يكفر . انظر (المغنى ١٥١/٨) .

بسم الله الرحمن الرحيم .. وصلى الله على سيدنا محمد وآله
وصحبه وسلم تسليما

كتاب الأقضية

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب : **أحدها** : في معرفة من يجوز قضاؤه . **والثاني** : في معرفة ما يقضى به . **والثالث** : في معرفة ما يقضى فيه . **والرابع** : في معرفة من يقضى عليه أو له . **والخامس** : في كيفية القضاء . **والسادس** : في وقت القضاء .

الباب الأول

في معرفة من يجوز قضاؤه

النظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه ، وفيما يكون به أفضل . فأما الصفات المشترطة في الجواز . فأن يكون حُرّاً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلاً عدلاً . وقد قيل في المذهب : إن الفسق يوجب العزل ويمضي ما حكم به . واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد ، فقال الشافعي : يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ، ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب ، وقال أبو حنيفة :يجوز حكم العامي . قال القاضي : وهو ظاهر ما حكاه جدي ـ رحمة الله عليه ـ في المقدمات عن المذهب لأنه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة .

وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة ، فقال الجمهور : هي شرط في صحة الحكم ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون المرأة قاضياً في الأموال ، قال الطبري : يجوز أن تكون المرأة حاكماً على الإطلاق في كل شيء ، قال عبد الوهاب : ولا أعلم بينهم اختلافاً في اشتراط الحرية ، فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الإمامة الكبرى ، وقاسها أيضاً على العبد لنقصان حرمتها .

ومن أجاز حكمها في الأموال فتشبيهاً بجواز شهادتها في الأموال ، ومن رأى

حكمها نافذاً في كل شيء قال : إن الأصل هو أن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز إلا ما خصصه الإجماع من الإمامة الكبرى .

وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ، ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشترطة في استمرار ولايته وليس شرطاً في جواز ولايته ، وذلك أن من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز ، فهذا إذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به . ومنها ما هي شرط في الاستمرار وليست شرطاً في الجواز ، فهذا إذا ولي القضاء عُزِلَ ونفذ ما حكم به إلا أن يكون جَوْراً . ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات .

ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحداً ، والشافعي يجيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان إذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه ، وإن شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز ، وإن شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان :

الجواز ، والمنع ، قال : وإذا تنازع الخصمان في اختيار أحدهما وجب أن يقترعا عنده . وأما فضائل القضاء فكثيرة ، وقد ذكرها الناس في كتبهم . وقد اختلفوا في الأمي هل يجوز أن يكون قاضياً ، والأبين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً ، وقال قوم : لا يجوز ، وعن الشافعي القولان جميعاً ، لأنه يحتمل أن يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ، ولا خلاف في جواز حكم الإمام الأعظم ، وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف أعرف فيه .

واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الأحكام .

فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : يجوز إذا وافق حكمه حكم قاضي البلد .

* * *

الباب الثاني

في معرفة ما يقضى به

وأما فيما يحكم ، فـاتفقوا أن القـاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقـاً لله أو حقاً للآدميين ، وأنه نائب عن الإمـام الأعظم في هـذا المعنى وأنـه يعقـد الأنكحـة ويقـدم الأوصيـاء ، وهل يقـدم الأئمـة في المسـاجـد الجـامعـة ؟ فيـه خلاف ، وكذلـك هل يستخلف ؟ فيـه خلاف في المرض والسفر إلا أن يؤذن لـه . وليس ينظر في الحيـاة ولا في غير ذلـك من الـولاة ، وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم .

ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحـاكم يحلـه [1] للمحكوم لـه بـه ، وإن لم يكن في نفسـه حـلالاً ؟ وذلـك أنهم أجمعـوا على أن حكم الحـاكم الظـاهر الـذي يعتريه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً ، وذلك في الأموال خـاصـة لقولـه عليـه الصلاة والسلام « إنمـا أنـا بشر وإنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكـون ألحن بحجته من بعض فـأقضي لـه على نحو مـا أسمع منـه ، فمن قضيت لـه بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً ، فإنما أقطع له قطعة من النار » [2] .

واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم أنـه حق وليس بحـق ، إذ لا يحـل حرام ، ولا يحرم حـلال بظـاهر حكم الحـاكم دون أن يكون الباطن كذلـك هل يحل ذلـك أم لا ؟ فقـال الجمهور : الأموال والفروج في ذلك سواء ، لا يحل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالاً ، وذلك مثل أن يشهد شاهد زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست لـه بزوجـة ، فقال الجمهور : لا تحل له وإن أحلها الحاكم بظاهر الحكم .

---

(١) في نسخة « دار الكتب الإسلامية » نحلة . والصواب ما أثبتناه .

(٢) حديث « إنما أنا بشر .. » رواه الجماعة .

وقال أبو حنيفة وجمهور أصحابه : تحل له [1] . فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم ، وشبهة الحنفية أن الحكم باللعان ثابت بالشرع ، وقد علم أن أحد المتلاعنين كاذب ، واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره ، فإن كان هو الكاذب فلم تحرم عليه إلا بحكم الحاكم ، وكذلك إن كانت هي الكاذبة ، لأن زناها لا يوجب فرقتها على قول أكثر الفقهاء ، والجمهور أن الفرقة ههنا إنما وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب .

* * *

(١) حكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته من الحلال ، والحرام في قول جمهور العلماء ، منهم مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحق ، وأبو ثور ، وداود ، ومحمد بن الحسن .
وقال أبو حنيفة : إذا حكم الحاكم بعقد . أو فسخ ، أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً ، وباطناً ، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته ، فقبلهما القاضي بظاهر عدالتهما ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لأحدهما نكاحها بعد قضاء عدتها ، وهو عالم بتعمده الكذب .
قال ابن المنذر : وتفرد أبو حنيفة بذلك . انظر (المغني ٥٨/٩) .

الباب الثالث

فيما يكون به القضاء

والقضاء يكون بأربع : بالشهادة ، وباليمين ، وبالنكول ، وبالإقرار ، أو بما تركب من هذه ، ففي هذا الباب أربعة فصول .

الفصل الأول

في الشهادة

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء : في الصفة ، والجنس ، والعدد . فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة : العدالة ، والبلوغ ، والإسلام ، والحرية ، ونفي التهمة .

وهذه منها متفق عليها ، ومنها مختلف فيها . أما العدالة ، فإن المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى : ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [١] ولقوله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ [٢] .

واختلفوا فيما هي العدالة ، فقال الجمهور : هي صفة زائدة على الإسلام ، هو أن يكون ملتزماً لواجبات الشرع ومستحباته ، مجتنباً للمحرمات والمكروهات ، وقال أبو حنيفة : يكفي في العدالة ظاهر الإسلام ، وأن لا تعلم منه جرحة [٣] . وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق .

---

(١) البقرة آية ٢٨٢ .　　(٢) الطلاق آية ٢ .

(٣) معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وهو قول الشافعي ، وأحمد ، وأبي يوسف ، ومحمد .

وعن أحمد رواية أخرى يحكم بشهادتها ، إذا عرف إسلامها بظاهر الحال ، إلا أن يقول الخصم ، هما فاسقان ، وهذا قول الحسن . والمال ، والحد في هذا سواء ، لأن الظاهر من المسلمين العدالة ، ولهذا قال عمر رضي الله عنه « المسلمون عدول بعضهم على بعض »

وقال أبو حنيفة : في الحدود ، والقصاص كالقول الأول ، وفي سائر الحقوق كالقول الثاني . انظر =

وذلك أنهم اتفقوا على أن شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ ﴾ [١] الآية . ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته إذا عرفت توبته ، إلا من كان فسقه من قِبَلِ القذف ، فإن أبا حنيفة يقول : لا تقبل شهادته وإن تاب . والجمهور يقولون : تقبل [٢] .

وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً ، وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ . إلا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ ﴾ [٣] إلى أقرب مذكور إليه ، أو على الجملة إلا ما خصصه الإجماع ، وهو أن التوبة لا تسقط عنه الحد ، وقد تقدم هذا .

= (المغني ٦٤/٩) وانظر (بدائع الصنائع ٤٠٣٢/٩) .

وبهذا يتضح أن مذهب أبي حنيفة في الشهادة ، ليس على إطلاقه ، كما بينا .

أما ماهية العدالة عند أبي حنيفة : فقال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ، ولا فرج ، فهو عدل ، لأن أكثر أنواع الفساد ، والشر راجع إلى هذين العضوين . وقال بعضهم : من غلبت حسناته سيئاته ، فهو عدل ، وقد روي عن النبي ﷺ « إذا رأيتم الرجل يعتاد المساجد ، فاشهدوا له بالإيمان »

وقال بعضهم : من لم يعرف عليه جريمة في دينه ، فهو عدل .

وقال بعضهم : من يجتنب الكبائر ، وأدى الفرائض ، وغلبت حسناته سيئاته ، فهو عدل ، انظر (بدائع الصنائع ٤٠٢٨/٩) وتعريفه عند الحنابلة : هو الذي تعتدل أحواله في دينه ، وأفعاله . قال القاضي : يكون ذلك في الدين ، والمروءة ، والأحكام ، أما الدين ، فلا يرتكب كبيرة ، ولا يداوم على صغيرة . انظر (المغني)

(١) الحجرات آية ٦ .

(٢) إن تاب القاذف ، لم يسقط عنه الحد ، وزال الفسق بلا خلاف ، وتقبل شهادته عند أحمد . وروي ذلك عن عمر ، وأبي الدرداء ، وابن عباس ، وبه قال عطاء ، وطاوس ، ومجاهد ، والشعبي ، والزهري ، وعبد الله بن عتبة ، وجعفر بن أبي طالب ، وأبو الزناد ، ومالك ، والشافعي ، والبتي ، وإسحق ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وذكره ابن عبد البر عن يحي بن سعيد ، وربيعة . وقال شريح ، والحسن ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، والثوري ، وأصحاب الرأي : لا تقبل شهادته ، إذا جلد ، وإن تاب . انظر (المغني ١٩٧/٩) وقد تقدمت هذه المسئلة في كتاب (القذف) .

(٣) النور آية ٤ ، ٥ .

وأما البلوغ فإنهم إتفقوا على أنـه يشترط حيث تشترط العـدالـة . واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل ، فردها جمهور فقهاء الأمصار لما قلناه من وقوع الإجماع على أن من شرط الشهـادة العـدالـة ، ومن شرط العدالة البلوغ ، ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالـك ، وإنما هي قرينة حال .

ولذلك اشترط فيهـا أن لا يتفرقوا لئلا يجبنوا . واختلف أصحـاب مـالـك هـل تجـوز إذا كان بينهم كبير أم لا ؟ ولم يختلفـوا أنـه يشترط فيهـا العـدة المشترطـة في الشهـادة ، واختلفوا هل يشترط فيهـا الـذكورة أم لا ؟ واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ؟ ولا عمدة لمالـك في هـذا إلا أنـه مروي عن ابن الزبير[١] .

قال الشافعي : فإذا احتج محتج بهذا قيل له : إن ابن عبـاس قـد ردهـا ، والقرآن يدل على بطلانها ، وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التـابعين ، وإجازة مالك لذلك هو من باب إجازته قياس المصلحة .

وأما الإسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول ، وأنه لا تجوز شهادة الكافر ، إلا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى : ﴿ **يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ** ﴾[٢] الآيـة . فقـال أبو حنيفـة : يجوز ذلـك على الشروط التي ذكرها الله تعالى . وقال مالـك والشـافعي : لا يجوز ذلـك ، ورأوا أن الآية منسوخة[٣] .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لمذاهب العلماء (القرطبي ٣٩١/٣) في شهادة الصبيان .

(٢) المائدة آية ١٠٦ .

(٣) وممن قـال : تجـوز شهـادة الكتـابي من أهـل الـذمـة على المسلم في السفر أبو مـوسى الأشعري ، وعبـد الله بن قيس ، وعبـد الله بن عبـاس ، وسعيـد بن المسيب ، ويحيى بن يعمر ، وسعيـد بن جبير، وأبـو مجلـز، وإبراهيم، وشريـح، وعبيـدة السلمـاني، وابن سيرين، ومجـاهـد، وقتـادة، والسُّـدِّيّ.

وأما الحرية فإن جمهور فقهاء الأمصار على اشتراطها في قبول الشهادة ، وقال أهل الظاهر : تجوز شهادة العبد ، لأن الأصل إنما هو اشتراط العدالة ، والعبودية ليس لها تأثير في الرد ، إلا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو إجماع ، وكأن الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة . وأما التهمة التي سببها المحبة ، فإن العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة [1] .

واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التي سببها العداوة الدنيوية ، فقال بردها فقهاء الأمصار ، إلا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة ، وفي مواضع على إسقاطها ، وفي مواضع اختلفوا فيها ، فأعملها بعضهم وأسقطها بعضهم . فما اتفقوا عليه رد شهادة الأب لابنه والابن لأبيه ، وكذلك الأم لابنها وابنها لها .

ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر ،

= وقال به سفيان الثوري ، وأحمد .

ومن قال : لا تجوز شهادة الكافر على المسلم ، وقال إن الآية منسوخة : زيد بن أسلم ، والنخعي ، ومالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وغيرهم من الفقهاء ، إلا أن أبا حنيفة خالفهم في أنه تجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض ، ولا تجوز على المسلمين . انظر (القرطبي ٣٥٠/٦) و(المغني ١٨٢/٩) .

وبهذا يتبين أن ما نقله المؤلف عن أبي حنيفة ليس في محله ، ولعله اشتبه عليه بشهادة الكفار بعضهم على بعض . والله أعلم .

(١) شهادة العبد تقبل فيما عدا الحدود ، والقصاص ، روي ذلك عن علي ، وأنس رضي الله عنهما . قال أنس : ما علمت أن أحداً رد شهادة العبد . وبه قال عروة ، وشريح ، وإياس ، وابن سيرين ، والبتي ، وأبو ثور ، وداود ، وابن المنذر ، وأحمد .

وقال عطاء ، ومجاهد ، والحسن ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو عبيد : لا تقبل شهادته .

وقال الشعبي ، والنخعي ، والحكم : تقبل في الشيء اليسير . انظر (المغني ١٩٥/٩) .

والقول بقبول شهادته نقول به . والله أعلم .

فإن مالكاً ردها وأبا حنيفة ، وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن ، وقال ابن أبي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له ، وبه قال النخعي [١] .

ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الأخ لأخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك ، وما لم يكن منقطعاً إلى أخيه ينال بره وصلته ، ما عدا الأوزاعي فإنه قال : لا تجوز [٢] ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه ، فقال مالك والشافعي : لا تقبل ، وقال أبو حنيفة : تقبل [٣] .

فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين » [٤] وما خرجه أبو داود من قوله

---

(١) وممن منع شهادة الزوج لامرأته ، والزوجة لزوجها أحمد ، والنخعي وإسحق ، وأبو حنيفة ، ومالك.
وأجازها الشافعي ، والحسن ، وشريح ، وأبو ثور ، وعن أحمد رواية كقولهم .
وقال الثوري ، وابن أبي ليلى : تقبل شهادة الرجل لامرأته ، لأنه لا تهمة في حقه . ولا تقبل شهادتها له . انظر (المصدر السابق) .

(٢) قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على شهادة الأخ لأخيه .

(٣) وممن قال لا تقبل شهادة العدو على عدوه : أحمد ، وربيعة ، والثوري ، وإسحق ، ومالك ، والشافعي ، وهو قول أكثر أهل العلم .
وقال أبو حنيفة : تقبل شهادته ، لأنها لا تخلُّ بالعدالة . انظر (المصدر السابق) .

(٤) رواه مالك من حديث عمر موقوفاً ، وهو منقطع . وروى أبو داود في المراسيل من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف : أن رسول الله ﷺ ، بعث منادياً « إنه لا تجوز شهادة خصم ، ولا ظنين » والظنين : المتهم .
وروى أبو داود أيضًا ، والبيهقي من طريق الأعرج مرسلاً ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا تجوز شهادة ذي الظنة ، والحنة » يعني الذي بينك وبينه عداوة .
وروى الحاكم من حديث العلاء عن أبيه عن أبي هريرة رفعه مثله . وفي إسناده نظر .
قال الحافظ نقلاً عن الإمام في النهاية : اعتمد الشافعي خبراً صحيحاً ، وهو أنه ﷺ قال : لا تقبل شهادة خصم على خصمه » ، قال الحافظ : ليس له إسناد صحيح ، لكن له طرق يقوي بعضها بعضاً . انظر (التلخيص ٢٠٣/٤) .

عليه الصلاة والسلام « لا تقبل شهادة بدويّ على حَضَرِيّ »[١] لقلة شهود البدوي ما يقع في المصر ، فهذه هي عمدتهم من طريق السماع .

وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة ، وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على أنه لا يرث القاتل المقتول ، وعلى توريث المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف .

وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فإنهم قالوا : تقبل شهادة الأب لابنه فضلاً عمن سواه إذا كان الأب عدلاً . وعمدتهم قوله تعالى : ﴿ **يَا أَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ للهِ وَلَوْ عَلَى أَنفُسِكُمْ أَوْ الْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ** ﴾[٢] والأمر بالشيء يقتضي إجزاء المأمور به إلا ما خصصه الإجماع من شهادة المرء لنفسه . وأما من طريق النظر ، فإن لهم أن يقولوا رد الشهادة بالجملة إنما هو لموضع اتهام الكذب ، وهذه التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع إعمالها في العادل ، فلا تجتمع العدالة مع التهمة .

أما النظر في العدد والجنس ، فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنا بأقل من أربعة عدول ذكور ، واتفقوا على أنه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصري ، فإنه قال : لا تقبل بأقل من أربعة شهداء تشبيهاً بالرجم ، وهذا ضعيف لقوله سبحانه : ﴿ **وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِّجَالِكُمْ** ﴾[٣] وكل متفق أن الحكم يجب بالشاهدين غير يمين المدعي ، إلا ابن أبي ليلى فإنه قال : لابد من يمينه .

---

(١) حديث « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » بهذا اللفظ رواه أبو داود ، وابن ماجة ، والبيهقي . انظر (منتقى الأخبار ٣٢٨/٨) .

(٢) النساء آية ١٣٥ .

(٣) البقرة آية ٢٨٢ .

واتفقوا على أنه تثبت الأموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى : ﴿ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾[1] .

واختلفوا في قبولها في الحدود ، فالذي عليه الجمهور أنه لا تقبل شهادة النساء في الحدود لا مع رجل ولا مفردات ، وقال أهل الظاهر : تقبل إذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية ، وقال أبو حنيفة : تقبل في الأموال وفيما عدا الحدود من أحكام الأبدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ، ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن .

واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الأبدان المتعلقة بالمال ، مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق إلا بالمال فقط ، فقال مالك وابن القاسم وابن وهب : يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وقال أشهب وابن الماجشون : لا يقبل فيه إلا رجلان . وأما شهادة النساء مفردات ، أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء .

ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع ، فإن أبا حنيفة قال : لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال ، لأنه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء . والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن ، فقال مالك : يكفي في ذلك امرأتان ، قيل مع انتشار الأمر ، وقيل إن لم ينتشر ، وقال الشافعي : ليس يكفي في ذلك أقل من أربع . لأن الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين ، واشترط الاثنينية ، وقال قوم : لا يكفي بذلك بأقل من ثلاث وهو قول لا معنى له ، وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة ، وأحسب

---

(١) البقرة آية ٢٨٢ .

أن الظـاهريـة أوْ بعضهم لا يجيزون شهـادة النسـاء مفردات في كل شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر .

وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع ، فإنهم أيضاً اختلفوا فيهـا لقولـه عليـه الصلاة والسـلام في المرأة الـواحـدة التي شهـدت بـالرضـاع « كيف وقـد أرضعتكمـا » [1] وهـذا ظـاهره الإنكار ، ولـذلـك لم يختلف قول مـالـك في أنـه مكروه .

* * *

(١) هذا طرف من حديث عقبة بن الحارث . رواه البخاري ، وقد تقدم تخريجه .

الفصل الثاني

في الأيمان

وأما الأيمان ، فإنهم اتفقوا على أنها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه إذا لم تكن للمدعي بينة . واختلفوا هل يثبت بها حق المدعي ، فقال مالك : يثبت بها حق المدعي في إثبات ما أنكره المدعى عليه وإبطال ما ثبت عليه من الحقوق إذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعي أقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه ، وقال غيره لا تثبت للمدعي باليمين دعوى سواء أكانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه ، أو إثبات حق أنكره فيه خصمه [١] .

وسبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على من ادَّعى واليمين على من أنكر » [٢] هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع ، أم

---

(١) إن قال المدعى عليه ما أريد أن أحلف ، أو سكت ، فلم يذكر شيئاً ، نظر في المدَّعى ، فإن كان مالاً ، أو المقصود منه المال ، قُضِيَ عليه بنكوله ، ولم ترد اليمين على المدعي . هذا مذهب أحمد ، ونص عليه ، فقال : أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى ، وإلا دفع إليه حقه .
وهو مذهب أبي حنيفة . واختار أبو الخطاب من الحنابلة أن له رد اليمين على المدعى ، فإن ردها ، حلف المدعي ، وحكم له بما ادعاه ، قال : وقد صوبه أحمد ، فقال : ما هو ببعيد ، يحلف ، ويستحق ، وقال : هو قول أهل المدينة . وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال شريح ، والشعبي ، والنخعي ، وابن سيرين ، ومالك في المال خاصة . وقاله الشافعي في جميع الدعاوى . انظر (المغني ٢٣٥/٩) .

(٢) حديث « البينة على من ادعى ، واليمين على من أنكر » رواه البيهقي من حديث ابن عباس قال : « لو أعطي الناس بدعواهم ، لادَّعى رجال دماء قوم ، وأموالهم ، ولكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » قال الحافظ : وهو في الصحيحين بلفظ « ولكن اليمين على المدعى عليه » انظر (التلخيص ١٦٧/٤) .
وفي رواية « لو يعطى الناس بدعواهم ، لادعى ناس دماء رجال ، وأموالهم ، ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه أحمد ، ومسلم .
انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٤٤/٨) .

إنما خص المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين ، لأن المدعي في الأكثر هو أضعف شبهة من المدعى عليه والمدعي بخلافه ؟ فمن قال هذا الحكم عام في كل مدعٍ ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال :

لا يثبت باليمين حق ، ولا يسقط به حق ثبت ، ومن قال إنما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال : إذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعي أقوى يكون القول قوله ، واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على أن القول فيها قول المدعي مع يمينه ، مثل دعوى التلف في الوديعة ، وغير ذلك إن وجد شيء بهذه الصفة ، ولأولئك أن يقولوا : الأصل ما ذكرنا إلا ما خصصه الاتفاق . وكلهم مجمعون على أن اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله ، الذي لا إله إلا هو ، وأقاويل فقهاء الأمصار في صفتها متقاربة ، وهي عند مالك : الذي لا إله إلا هو ، لا يزيد عليها ، ويزيد الشافعي : الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية .

وأما هل تغلظ بالمكان ؟ فإنهم اختلفوا في ذلك ، فذهب مالك إلى أنها تغلظ بالمكان ، وذلك في قدر مخصوص ، وكذلك الشافعي . واختلفوا في القدر ، فقال مالك : إن من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعداً وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع ، فإن كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام ، فلا خلاف أنه يحلف على المنبر ، وإن كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان : إحداهما : حيث اتفق من المسجد ، والأخرى عند المنبر .

وروى عنه ابن القاسم أنه يحلف فيما له بال في الجامع ، ولم يحدد . وقال الشافعي : يحلف في المدينة عند المنبر ، وفي مكة بين الركن والمقام ، وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر ، والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا ، وقال داود : يحلف على المنبر في القليل والكثير ، وقال أبو حنيفة : لا تغلظ اليمين بالمكان .

وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي ﷺ يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا ؟ فمن قال : إنه يفهم منه ذلك قال : لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ، ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال : لا يجب الحلف على المنبر ، والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف على منبري آثماً تبوأ مقعده من النار » [١] واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا : هو عمل الخلفاء .

قال الشافعي : لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة . قالوا : ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة إلا تجنب اليمين في ذلك الموضع . قالوا : وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام « من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار » [٢] يفهم منه وجوب القضاء باليمين ، وكذلك التغليظ الوارد في المكان .

وقال الفريق الآخر : لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين ، وإذ لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه إجماع من الصحابة ، والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت . وتغلظ بالمكان عند مالك في القَسَامة

---

(١) حديث « لا يحلف أحد على منبري هذا على يمين آثمة . ولو على سواك أخضر . إلا تبوأ مقعده من النار » أخرجه مالك ، وأبو داود ، والنسائي ، وابن ماجة ، وصححه ابن خزيمة ، وابن حبان ، والحاكم ، وغيرهم من حديث جابر . انظر (الفتح)

(٢) حديث من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه ، فقد أوجب الله له النار ، وحرم عليه الجنة . فقال رجل ، وإن كان شيئاً يسيراً ؟ قال : وإن كان قضيباً من أراك » رواه أحمد ، ومسلم ، وابن ماجة ، والنسائي

انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٤٦/٨) .

واللعان ، وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر .

وأما القضاء باليمين مع الشاهد فإنهم اختلفوا فيه .

فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة : يقضى باليمين مع الشاهد في الأموال . وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق : لا يقضى باليمين مع الشاهد في شيء ، وبه قال الليث من أصحاب مالك [١] .

وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع . أما القائلون به فإنهم تعلقوا في ذلك آثار كثيرة ، منها حديث ابن عباس ، وحديث أبي هريرة ، وحديث زيد بن ثابت ، وحديث جابر ، إلا أن الذي خَرَّجَ مسلم منها حديث ابن عباس ، ولفظه « أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » أخرجه مسلم ولم يخرجه البخاري [٢] وأما مالك فإنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » لأن العمل عنده بالمراسيل واجب [٣] .

---

(١) انظر ما ذكره المؤلف لأقوال العلماء (نيل الأوطار ٣٢١/٨) و (المغني) و (القرطبي ٣٩٥/٤) .

(٢) حديث ابن عباس « قضى بيمين . وشاهد » رواه أحمد ، ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجة . وفي رواية لأحمد « إنما كان ذلك في الأموال » انظر (المصدر السابق)

قال الشافعي : هذا الحديث ثابت . وقال النسائي : إسناده جيد . انظر (التلخيص) .

(٣) حديث جعفر بن محمد عن أبيه « أن رسول الله ﷺ قضى باليمين مع الشاهد » رواه أحمد ، والدارقطني ، وذكره الترمذي ، قال : رواه الثوري ، وغيره عن جعفر عن أبيه مرسلاً ، وهو أصح ، وقيل : عن أبيه أمير المؤمنين عليّ . وقال الدارقطني : كان جعفر ربما أرسله ، وربما =

وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ ﴾ [١] قالوا : وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ، ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة ، وعند المخالف أنه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد . وأما السنة فما خرجه البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال « كان بيني وبين رجل خصومة في شيء ، فاختصمنا إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، فقال : شاهداك أو يمينه » فقلت : إذن يحلف ولا يبالي . فقال النبي ﷺ « من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » [٢] قالوا : فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ، ولا يجوز عليه ﷺ ألا يستوفي أقسام الحجة للمدعي .

والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة . وقد قويت هنا حجة المدعي بالشاهد كما قويت في القسامة . وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين مع المرأتين .

فقال مالك : يجوز لأن المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد ، وقال الشافعي : لا يجوز له ، لأنه إنما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره . وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح ؟ فيه قولان في المذهب .

* * *

= وصله . وقال الشافعي ، والبيهقي : عبد الوهاب وصله ، وهو ثقة .
انظر (نيل الأوطار ٣١٩/٨) و (التلخيص ٢٠٥/٤) .

(١) البقرة آية ٢٨٢ .

(٢) حديث الأشعث متفق عليه .

الفصل الثالث

النكول

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله ، فإن الفقهاء أيضا اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين : إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعي شيء بنفس النكول ، إلا أن يحلف المدعي أو يكون له شاهد واحد ، وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين : يقضى للمدعي على المدعى عليه بنفس النكول ، وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثاً . وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان ، وشاهد ويمين ، وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين ، وقال ابن أبي ليلى : أردها في غير التهمة . ولا أردها في التهمة . وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا ؟ قولان (١) .

فعمدة من رأى أن تنقلب ما رواه مالك من « أن رسول الله ﷺ رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدأ بالأنصار » (٢) .

ومن حجة مالك أن الحقوق عنده إنما تثبت بشيئين : إما بيمين وشاهد ، وإما بنكول وشاهد ، وإما بنكول ويمين ، أصل ذلك عند اشتراط الاثنينية في الشهادة ، وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول .

وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى ، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى ، قالوا : وأما نقلها من المدعى عليه إلى المدعي فهو خلاف للنص ، لأن اليمين قد نص على أنها دلالة المدعي عليه . فهذه أصول الحجج التي يقضي بها القاضي .

---

(١) تقدمت هذه المسألة بما نقلناه عن ابن قدامة .

(٢) تقدم تخريج الحديث .

ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضي القاضي بوصول كتاب قاض آخر إليه . لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به ، أعني إذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده ـ أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله إلى القاضي الثاني ، فشهدا عند القاضي الثاني أنه كتابه . وأنه أشهدهم بثبوته ، وقد قيل : إنه يكتفى فيه بخط القاضي ، وأنه كان به العمل الأول .

واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة إنْ أشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم . فقال مالك : يجوز . وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ولا تصح الشهادة .

واختلفوا في العِفَاص والوِكَاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة ، أم لابد في ذلك من شهادة ؟ فقال مالك : يقضى بذلك ، وقال الشافعي : لابد من الشاهدَيْن . وكذلك قال أبو حنيفة ، وقول مالك هو أجرى على نص الأحاديث ، وقول الغير أجرى على الأصول . ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه ، وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضي بعلمه في التعديل والتجريح . وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به ، وأنه يقضي بعلمه في إقرار الخصم وإنكاره ، إلا مالكاً فإنه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لإقرار الخصم وإنكاره ، وكذلك أجمعوا على أنه يقضي بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك خلاف .

واختلفوا إذا كان في المسألة خلاف ، فقال قوم : لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع ، وقال قوم : إذا كان شاذاً ، وقال قوم : يرد إذا كان حكماً بقياس ، وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس ، وهو الأعدل ، إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول ، والكتاب محتمل ، والسنة غير متواترة ، وهذا هو

الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب إلى أبي حنيفة باتفاق ، وإلى مالك باختلاف .

واختلف هل يقضي بعلمه على أحد دون بينة أو إقرار ، أو لا يقضي إلا بالدليل والإقرار ؟ فقال مالك وأكثر أصحابه : لا يقضي إلا بالبينات أو الإقرار ، وبه قال أحمد وشريح ، وقال الشافعي والكوفي وأبو ثور وجماعة : للقاضي أن يقضي بعلمه ، ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين ، وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر .

أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك ، فمنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة « أن النبي ﷺ بعث أبا جهم على صدقة فلاحاه رجل في فريضة ، فوقع بينهما شجاج ، فأتوا النبي ﷺ فأخبروه ، فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام « إني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ، أرضيتم ؟ قالوا : نعم ، فصعد رسول الله ﷺ المنبر ، فخطب الناس وذكر القصة ، وقال : أرضيتم ؟ قالوا : لا ، فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله ﷺ فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ، ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا : نعم »[1]

---

(١) حديث عائشة رواه الخمسة إلا الترمذي ، انظر (منتقى الأخبار ٣٢٣/٨)

قال الشوكاني : حكى في البحر القول بأن الحاكم يحكم بعلمه عن العترة ، والشافعي ، وأبي حنيفة ، وأحمد . وحكى المنع عن شريح ، والشعبي ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحق ، وأحد قولي الشافعي .

وقال بعضهم - يعني أهل العراق : يقضي بعلمه في الأموال ، ولا يقضي في غيرها . قال في الفتح : هو قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف فيما نقله الكرابيسي عنه ، وهي رواية عن أحمد . قال أبو حنيفة :

القياس أنه يحكم في ذلك بعلمه ، ولكن أدع القياس ، وأستحسن أن لا يقضي في ذلك بعلمه ، انظر (النيل ٣٢٥/٨) .

وقال ابن قدامة : ظاهر المذهب (الحنبلي) أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ، ولا غيره ، لا فيما =

فهذا بين في أنه لم يحكم عليهم بعلمه ﷺ . وأما من جهة المعنى فالتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي . وقد أجمعوا أن للتهمة تأثيراً في الشرع : منها أن لا يرث القاتل عمداً عند الجمهور من قتله . ومنها ردهم شهادة الأب لابنه ، وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء .

وأما عمدة من أجاز ذلك ، أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] دون أن يسمع قول خصمها .

وأما من طريق المعنى فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه ، فأحرى أن يحكم بما هو عنده يقين . وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا : لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك ، وخصص أيضاً أبو حنيفة العلم الذي يقضي به فقال : يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ، ولا يقضي بما علمه قبل القضاء . وروي عن عمر أنه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم .

وقال بعض أصحاب مالك : يقضي بعلمه في المجلس أعني بما يسمع وإن لم يشهد عنده بذلك ، وهو قول الجمهور كما قلنا ، وقول المغيرة هو أجرى على الأصول ، لأن الأصل في هذه الشريعة لا يقضى إلا بدليل وإن كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

* * *

= علمه قبل الولاية ، ولا بعدها . وهو قول شريح ، والشعبي ، ومالك ، وإسحق ، وأبي عبيد ، ومحمد بن الحسن ، وهو أحد قولي الشافعي .

وعن أحمد رواية أخرى : يجوز له ذلك ، وهو قول أبي يوسف ، وأبي ثور ، والقول الثاني للشافعي ، وهو اختيار المزني . انظر (المقنع ٥٣/٩) .

(١) تقدم تخريج هذا الحديث ، وهو حديث متفق عليه .

الفصل الرابع

في الإقرار

وأما الإقرار إذا كان بيناً فلا خلاف في وجوب الحكم به ، وإنما النظر فيمن يجوز إقراره ممن لا يجوز . وإذا كان الإقرار محتملاً رفع الخلاف . أما من يجوز إقراره ممن لا يجوز فقد تقدم .

وأما عدد الإقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ، ولا خلاف بينهم أن الإقرار مرة واحدة عامل في المال . وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهو من قِبَلِ احتمال اللفظ ، وأنت إن أحببت أن تقف عليه فمن كتب الفروع .

* * *

الباب الرابع

في معرفة من يُقضى عليه أو له

وأما على من يقضى ولمن يقضى ؟ فإن الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يُتَّهَمَ عليه . واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه . فقال مالك : لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته . وقال قوم : يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة (١) .

وأما على من يقضى ؟ فإنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب . فأما القضاء على الغائب ، فإن مالكاً والشافعي قالا : يقضى على الغائب البعيد الغيبة ، وقال أبو حنيفة : لا يقضى على الغائب أصلاً ، وبه قال ابن الماجشون ، وقد قيل عن مالك لا يقضى فى الرباع المستحقة (٢) .

فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه ، لأنه لم يكن غائباً عن المصر . وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام « فإنما أقضي له بحسب ما أسمع » (٣) وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي ﷺ قال له حين أرسله إلى اليمن « لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من

---

(١) تقدم القول فيمن يتهم ، ولا تجوز عليه الشهادة .

(٢) ممن قال : يقضى على الغائب ابن شبرمة ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، وسوار ، وأبو عبيد ، وإسحق ، وابن المنذر ، وأحمد .
وكان شريح لا يرى القضاء على الغائب ، وعن أحمد رواية بعدم القضاء على الغائب ، وبه قال ابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ، وروي ذلك عن القاسم ، والشعبي ، لكن أبا حنيفة قال : إذا كان له خصم حاضر من وكيل ، أو شفيع ، جاز الحكم عليه . انظر (المغني ١٠٩/٩) .

(٣) تقدم تخريج هذا الحديث .

الآخر »[١] وأما الحكم على الذمي ، فإن في ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يقضى بينهم إذا ترافعوا إليه بحكم المسلمين ، وهو مذهب أبي حنيفة ، **والثاني** : أنه مخير ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي القولان ، **والثالث** : أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكموا إليه .

فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى : ﴿ **فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ** ﴾[٢] وبهذا تمسك من رأى الخيار ، ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى : ﴿ **وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُمْ** ﴾[٣] ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير . وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا ، فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمي إذا سرق قطعت يده .

* * *

---

(١) حديث علي رواه أبو داود ، وأحمد ، وإسحق بن راهويه .

حديث علي عندما أرسله إلى اليمن ، رواه أبو داود الطيالسي ، وأحمد ، وإسحق بن راهويه في مسانيدهم ، ورواه الحاكم كذلك في المستدرك انظر (نصب الراية) .

(٢) المائدة آية ٤٢ .

(٣) المائدة آية ٤٩ .

الباب الخامس

في كيفية القضاء

وأما كيف يقضي القاضي ، فإنهم أجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس وألا يسمع من أحدهما دون الآخر ، وأن يبدأ بالمدعي فيسأله البينة إن أنكر المدعى عليه . وإن لم يكن له بينة فإن كان في ماله وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق ، وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى .

وقال مالك : لا تجب إلا مع شاهد ، وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعي الخلطة ؟ اختلفوا في ذلك ،فقال جمهور فقهاء الأمصار : اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » وقال مالك : لا تجب اليمين إلا بالمخالطة ، وقال بها السبعة من فقهاء المدينة .

وعمدة من قال بها النظر إلى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى إلى تعنيت بعضهم بعضاً ، وإذاية بعضهم بعضاً ، ومن هنا لم ير مالك إحلاف المرأة زوجها إذا ادعت عليه الطلاق إلا أن يكون معها شاهد ، وكذلك إحلاف العبد سيده في دعوى العتق عليه . والدعوى لا تخلو أن تكون في شيء في الذمة أو في شيء بعينه ، فإن كانت في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وأن له بينة سمعت منه بينته باتفاق . وكذلك إن كان اختلاف في عقد وقع أو عين مثل بيع أو غير ذلك .

وأما إن كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقاً ، فإنهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه ؟ فقال أبو حنيفة : لا تسمع بينة المدعى عليه إلا

في النكاح وما لا يتكرر ، وقال غيره : لا تسمع في شيء ، وقال مالك والشافعي : تسمع - أعني في أن تشهد للمدعي بينة المدعى عليه أنه مال له وملك .

فعمدة من قال لا تُسْمَعُ أن الشرع قد جعل البينة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعى عليه ، فوجب أن لا ينقلب الأمر ، وكان ذلك عندهما عبادة . وسبب الخلاف : هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائداً على كون الشيء المدعى فيه موجوداً بيده ، أم ليست تفيد ذلك ؟ فمن قال : لا تفيد معنى زائداً قال : لا معنى لها ، ومن قال تفيد : اعتبرها . فإذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت إحداهما أمر زائداً مما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك .

فالحكم عند مالك أن يقضي بأعدل البينتين ولا يعتبر الأكثر ، وقال أبو حنيفة : بينة المدعي أولى على أصله ولا تترجح عنده بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد ، وقال الأوزاعي : تترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه ، فإن نكل حلف المدعي ووجب الحق ، لأن يد المدعى عليه شاهدة له ، ولذلك جعل دليله أضعف الدليلين : أعني اليمين . وأما إذا أقر الخصم فإن كان المدعى فيه عيناً فلا خلاف أنه يدفع إلى مدعيه .

وأما إذا كان مالاً في الذمة ، فإنه يكلف المقر غرمه فإن ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك حتى يتبين عدمه ، إما بطول السجن والبينة إن كان متهماً فإذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى : ﴿ **وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ** ﴾[١] .

---

(١) البقرة آية ٢٨٠ .

وقال قوم : يؤاجره ، وبه قال أحمد . وروي عن عمر بن عبد العزيز ، وحكي عن أبي حنيفة أن لغرمائه أن يدوروا معه حيث دار ، ولا خلاف أن البينة إذا جرحها المدعى عليه أن الحكم يسقط إذا كان التجريح قبل الحكم ، وإن كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك ، وقال الشافعي : ينتقض . وأما إن رجعت البينة عن الشهادة ، فلا يخلو أن يكون ذلك قبل الحكم أو بعده ، فإن كان قبل الحكم فالأكثر أن الحكم لا يثبت ، وقال بعض الناس : يثبت . وإن كان بعد الحكم .

فقال مالك : يثبت الحكم . وقال غيره لا يثبت الحكم ، وعند مالك أن الشهداء يضمنون ما أتلفوا بشهادتهم . فإن كان مالاً ضمنوه على كل حال ، قال عبد الملك : لا يضمنون في الغلط ، وقال الشافعي : لا يضمنون المال . وإن كان دماً فإن ادعوا الغلط ضمنوا الدية . وإن أقروا أقيد منهم على قول أشهب ، ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم .

* * *

الباب السادس

في وقت القضاء

وأما متى يقضي ، فمنها ما يرجع إلى حال القاضي في نفسه ، ومنها ما يرجع إلى وقت إنفاذ الحكم وفصله ، ومنها ما يرجع إلى وقت توقيف المدعى فيه وإزالة اليد عنه إذا كان غبناً . فأما متى يقضي القاضي ؟ فإذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يقضي القاضي حين يقضي وهو غضبان »[1] ومثل هذا عند مالك أن يكون عطشاناً أو جائعاً أو خائفاً أو غير ذلك من العوارض التي تعوقه عن الفهم ، لكن إذا قضى في حال من هذه الأحوال بالصواب فاتفقوا - فيما أعلم - على أنه ينفذ حكمه ، ويحتمل أن يقال : لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان ، لأن النهي يدل على فساد المنهي عنه . وأما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الأجل والإعذار إليه ، ومعنى نفوذ هذا ، هو أن يُحِقَّ حجة المدعي أو يدحضها ، وهل له أن يسمع حجة بعد الحكم ؟ فيه اختلاف من قول مالك ، والأشهر أنه يسمع فيما كان حقاً لله مثل الأحباس والعتق ولا يُسْمَعُ في غير ذلك .

وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذي يسمى التعجيز وقيل : لا يسمع منهما جميعاً ، وقيل بالفرق بين المدعي والمدعى عليه ، وهو ما إذا أقر بالعجز .

وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الإعذار ، وهو إذا لم يَرِدِ الذي استحق الشيء من يده أن يخاصم فله أن يرجع بثمنه على البائع ، وإن كان

---

(١) حديث « لا يقضين حكم بين اثنين ، وهو غضبان » رواه الجماعة عن أبي بكرة رضي الله عنه . انظر (منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٣٠٦/٨) وقد خَرَّجَ البيهقي بسند ضعيف «لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان رَيّان » . كذلك قال العلماء يمتنع عن القضاء في حالة غلبة النوم ، وسائر ما يتعلق به القلب تعلقاً يشغله عن استيفاء النظر ، وهو قياس مظنة على مظنة .

يحتاج في رجوعه به على البائع أن يوافقه عليه فيثبت شراءه منه إن أنكره ، أو يعترف له به إن أقره فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق .

وقال الشافعي : يشتريه منه . فإن عطب في يد المستحق فهو ضامن له ، وإن عطب في أثناء الحكم : ممن ضمانه ؟ اختلف في ذلك ، فقيل : إن عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل : إنما يضمن المستحق بعد الحكم .

وأما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه ، قال القاضي رضي الله عنه : وينبغي أن تعلم أن الأحكام الشرعية تنقسم قسمين : قسم يقضي به الحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم ، وقسم لا يقضي به الحكام ، وهذا أكثره هو داخل في المندوب إليه .

وهذا الجنس من الأحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التي يُعَرِّفُونها بالجوامع ، ونحن فقد رأينا أن نذكر أيضاً من هذا الجنس المشهور منه إن شاء الله تعالى .

وأما ما ينبغي قبل هذا أن تعلم أن السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية ، فمنها ما يرجع إلى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره ، وفي هذا الجنس تدخل العبادات . وهذه هي السنن الكرامية ، ومنها ما يرجع إلى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان :

السنن الواردة في المطعم والمشرب ، والسنن الواردة في المناكح ، ومنها ما يرجع إلى طلب العدل والكف عن الجور . فهذه هي أجناس السنن التي تقتضي العدل في الأموال ، والتي تقتضي العدل في الأبدان ، وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات .

لأن هذه كلها إنما يطلب بها العدل ، ومنها السنن الواردة في الأعراض ،

ومنها السنن الواردة في جميع الأموال وتقويمها ، وهي التي يقصد بها طلب الفضيلة التي تسمى السخاء ، وتجنب الرذيلة التي تسمى البخل .

والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه ، وتدخل أيضاً في باب الاشتراك في الأموال ، وكذلك الأمر في الصدقات .

ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الإنسان وحفظ فضائله العملية والعلمية ، وهي المعبر عنها بالرياسة ، ولذلك لزم أيضاً أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين .

ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على إقامة هذه السنن ، وهو الذي يسمى : النهي عن المنكر والأمر بالمعروف ، وهي المحبة والبغضة : أي الدينية التي تكون إما من قبل الإخلال بهذه السنن ، وإما من قبل سوء المعتقد في الشريعة .

وأكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الأجناس الأربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء ، والعبادة التي هي كالشروط في تثبيت هذه الفضائل .

كمل كتاب الأقضية ، وبكماله كمل جميع الديوان ، والحمد لله كثيراً على ذلك كما هو أهله .

* * *